

تأليف
الشيخ الجليل الفقيه العلامة إمام عصره وفريد دهره
أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني
رحمه الله تعالى
(٤٨٩-٥٥٨هـ)

اعتنى به
قاسم محمد النوري

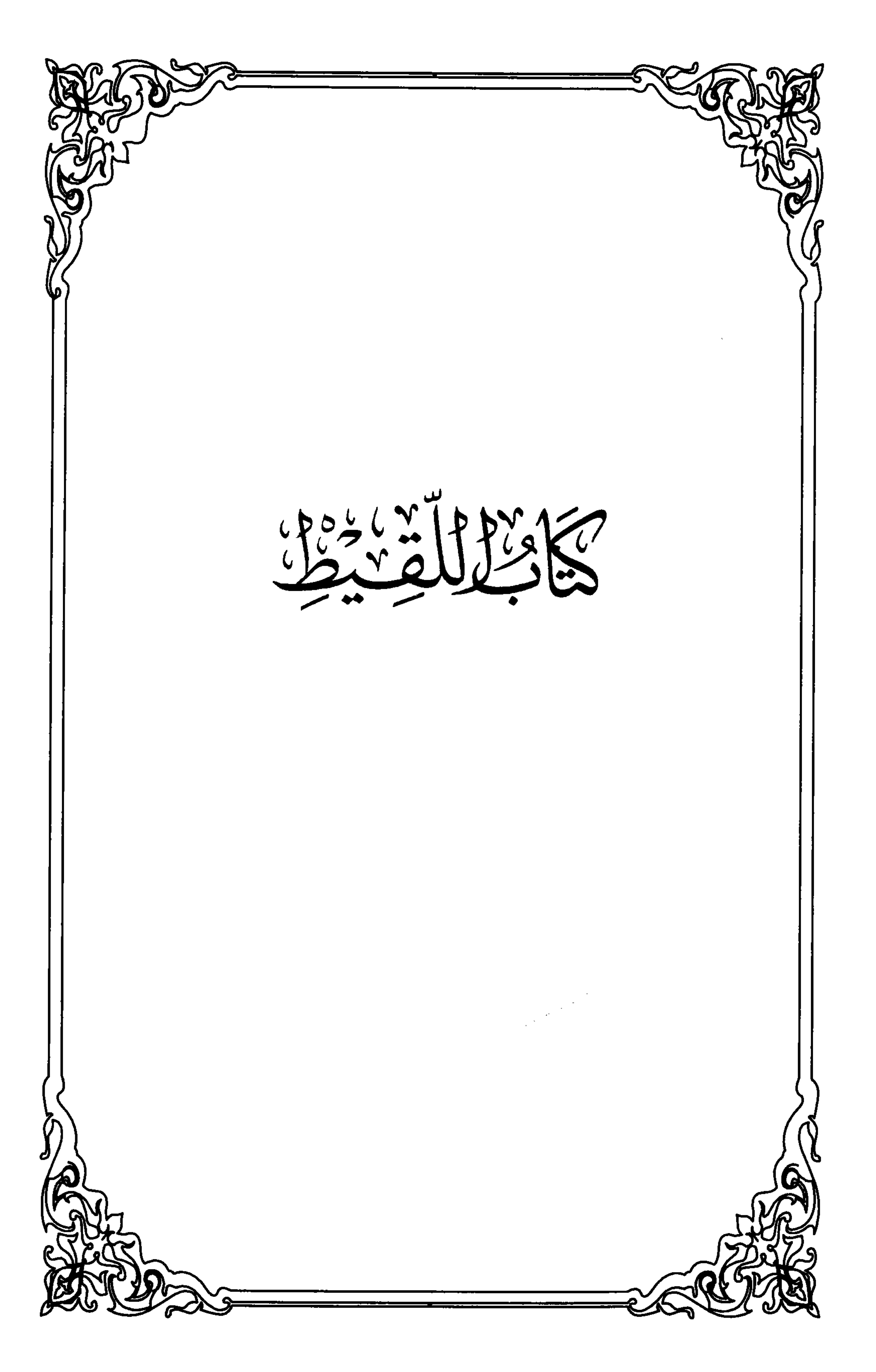
المجلد الثامن

اللقيط - الوقف - الهبة - الوصايا
العتق - المكاتب - عتق أمهات الأولاد

دار المنهاج
للطباعة والنشر والتوزيع


البيان
في مذهب الإمام الشافعي

بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب اللقيط

البيان البيان البيان

البيان البيان البيان

البيان البيان البيان

البيان البيان البيان

البيان البيان البيان

البيان البيان البيان

البيان البيان البيان

كتاب اللقيط

اللقيطُ ، والملقوطُ ، والمنبوذُ[١] : ٱسمٌ للطفلِ الذي يوجدُ مطروحاً . وهوَ فعيلٌ : بمعنىٰ مفعولٌ ، كما يقالُ للمقتولِ : قتيلٌ ، وللمدهونِ : دَهينٌ .

وٱلتقاطُ المنبوذِ فرضٌ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة : ٢] فأَمرَ بالمعاونةِ علىٰ البرِّ ، وهٰذا مِنَ البرِّ .

وقولِهِ تعالىٰ : ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۩﴾ [الحج : ٧٧] فأَمرَ بفعلِ الخيرِ ، وهٰذا مِنْ فعلِ الخيرِ .

وقولهِ تعالىٰ : ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة : ٧١] والوليُّ يلزمُهُ حفظُ المولّىٰ عليهِ .

وقولهِ تعالىٰ : ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة : ٣٢] .

فقيلَ : معناهُ : لَه ثوابُ مَنْ أَحيا الناسَ كلَّهُم . وفي أَخذِ اللقيطِ إِحياءٌ لَه ، فكانَ وَاجباً ، كبذلِ الطعامِ للمضطرِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ ٱلتقاطَه فرضٌ علىٰ الكفايةِ إِذا قامَ بهِ بعضُ الناسَ . . سقطَ عَنِ الباقينَ . وإِنْ تركوهُ . . أَثِمَ جميعُ مَنْ عَلمَ بهِ ، كما نقولُ في غسلِ الميتِ وتكفينهِ والصلاةِ عليهِ .

---

(١) ويقال له أيضاً : الدعيُّ . وشرعاً : مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة ، أو فراراً من التهمة ، ويدلُّ علىٰ التقاط المنبوذ قول رسول الله ﷺ : « المسلم أخو المسلم ، لا يظلمه ولا يُسلمهُ. . . » أخرجه عن عبد الله بن عمر البخاري (٢٤٤٢) في المظالم ، ومسلم (٢٥٨٠) في البر والصلة ، يقال : أسلم فلان فلاناً إذا ألقاه إلىٰ الهلكة ولم يحمه من عدوه ، وهو عام في كل من أسلم لغيره ، والله أعلم .

مسألةٌ : [حريَّة اللقيط] :

وإذا وُجدَ لقيطٌ مجهولُ الحالِ . . حُكمَ بحرِّيَّتهِ ؛ لما روىٰ سُنَيْنٌ أَبو جميلةَ ـ رجلٌ مِنْ بني سليمٍ ـ قالَ : (وَجدتُ منبوذاً علىٰ عهدِ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ ، فأَخذتُهُ ، فذَكَرَهُ عريفي لعمرَ رضيَ اللهُ عنهُ ، فلمَّا رآني . . قالَ : عسىٰ الغوَيرُ أَبْؤُساً ، فقالَ عريفي : يا أَميرَ المؤمنينَ إِنَّهُ رجلٌ صالحٌ ، لاَ يُتَّهمُ في ذٰلكَ ، فقالَ عمرُ : أَهوَ كذٰلكَ ؟ قالَ : نعمْ ، فقالَ عمرُ : اذهبْ فهوَ حرٌّ ، ووَلاؤُهُ لكَ ، وعلينا نفقتُهُ)[1] .

وفي بعضِ الرواياتِ : (ونفقتُهُ مِنْ بيتِ المالِ)[2] . وإِنَّما أَرادَ عمرُ بهٰذا : أَي لعلَّ هٰذا الرجلَ الذي وجدَهُ هوَ صاحبُ المنبوذِ . فقالَ : (عسىٰ الغوير أَبْؤُساً)[3] ، حتَّىٰ أَثنىٰ عليهِ عريفهُ خيراً . وهٰذا مثلٌ لكلِّ شيءٍ يُخافُ منهُ أَنْ يأْتيَ بِشَرٍّ .

قالَ الأَصمعيُّ : و(الأَبْؤُسُ) : جمعُ البأْسِ . وأَصلُ هٰذا : أَنَّ غاراً كانَ فيهِ ناسٌ ، فانْهارَ عليهِمُ الغارُ ، فماتوا . وقيلَ : أَتاهُم فيهِ عدوٌّ فقتلهُم ، فصارَ ذٰلكَ مثلاً لكلِّ أَمرٍ يُخافُ منهُ ، ثمَّ صُغِّرَ الغارُ فقيلَ : غُويرٌ .

---

(١) أخرجه عن سُنين أبي جَميلة مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٣٨) ، والشافعي من طريقه في « الأم » (٣/ ٢٩٣) ، و« ترتيب المسند » (٢/ ٤٥٦) ، والبغوي في « شرح السنة » (٢٢١٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ٢٠١ ـ ٢٠٢) في اللقطة بإسناد صحيح ، والبخاري تعليقاً في الشهادات ، باب (١٦) : إذا زكَّىٰ رجل رجلاً كفاه . وقال أبو جميلة : وجدت منبوذاً فلما رآني عمر قال : (عسىٰ الغوير أبؤساً) كأنه يتهمني . قال عريفي : إنه رجل صالح . قال : (كذٰلك ، اذهب وعلينا نفقته) . وتحرف في مطبوع « ترتيب المسند » سنين إلىٰ سفيان بن جميلة .

(٢) أخرجه عن سنين أيضاً عبد الرزاق في « المصنف » (١٣٨٣٩) و(١٣٨٤٠) في باب اللقيط . وعن رجل عند عبد الرزاق في « المصنف » (١٣٨٣٨) .

(٣) مثل أورده الميداني في « مجمع الأمثال » (١/ ٤٧٧) . **الغوير** : تصغير غار . **الأبؤس** ـ جمع بؤس ـ : وهو الشدة . وأصل هٰذا المثل فيما يقال : من قول الزبّاء . والمثل يضرب للرجل فيقال له : لعلّ الشر جاء من قِبلك . **والزباء** : تمد وتقصر ، ومذكرها أزبّ : أي كثير الشعر ، وقيل : كان لها شعر إذا مشت سحبته وراءها ، وإذا نشرته جللها . كانت فصيحة جميلة كبيرة الهمة أعادت مملكة أبيها وقتلت جذيمة بعد مهادنته وخطبته .

وقالَ الكلبيُّ : (الغُوَيرُ) ماءٌ لكلبٍ ، يسمَّىٰ الغُويرَ . وقالَ : وهٰذا المثلُ إِنَّما تكلَّمتْ بهِ الزبَّاءُ ، وذٰلكَ أَنَّها وَجَّهتْ قصيراً اللَّخميَّ بِعِيْرٍ ليَحْمِلَ إِليها مِنْ بَزِّ العراقِ ، وكانَ يطلُبُها رجالُ جَذِيمةَ الأَبرشِ ، فحملَ الأَحمالَ صناديقَ ـ وقيلَ : غرائِرَ[1] ـ وجَعلَ في كلِّ وَاحدٍ منها رجلاً مَعهُ السلاحُ ، ثمَّ تنكَّبَ[2] بهم علىٰ الغويرِ ؛ لأَنَّه طريقٌ مَنْهَجٌ ، فسأَلتْ عنهُ ، فأُخبرتْ أَنَّهُ تنكَّبَ بالعيرِ علىٰ الغُويرِ ، فقالتْ : (عسىٰ الغويرُ أَبْؤُساً) أَي : عسىٰ أَنَّ ذٰلكَ الطريقَ يأْتِيها منهُ شَرٌّ ، وٱستنكرتْ حالَهُ .

قالَ أَبو عُبيدٍ : **وهٰذا أَشبهُ** مِنَ الأَوَّلِ .

وأَمَّا نصبُ أَبْؤسَ . . فأَرادَ : عسىٰ الغويرُ أَنْ يحدثَ أَبْؤُساً .

وأَمَّا قولُ عمرَ : (ووَلاؤُهُ لكَ) . . فإِنَّا نحمِلُهُ علىٰ أَنَّه أَرادَ ولاءَ حضانتِهِ ، لا ولاءَ ميراثِهِ .

وقدْ حملَه قومٌ علىٰ ولاءِ الميراثِ ، ونحنُ نذكرهُ في موضعهِ ـ إِنْ شاءَ اللهُ ـ ولأَنَّ الأَصلَ في الناسِ الحرِّيَّةُ .

فرعٌ : [اللقيط ومعه مال] :

الصبيُّ الصغيرُ يَملِكُ المالَ الكثيرَ ؛ لأَنَّه يَرِثُ ، ويُوصىٰ لَه ، ويُبتاعُ لَه ، فهوَ كالكبيرِ في المِلكِ ، وإِذا ثبت أَنَّه يَملِكُ . . فإِنَّ يدَهُ تثبتُ علىٰ المالِ ، كالبائعِ .

فإِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ وُجِدَ لقيطٌ ومعَهُ مالٌ ، فإِنْ كانتْ يدُهُ ثابتةً عليهِ ، بأَنْ وَجدَهُ لَابِساً ثوباً ، أَو وَجدَ الثوبَ مفروشاً عليهِ ، أَو وَجدَهُ علىٰ فراشٍ ، أَو سريرٍ أَو في سَفَطٍ[3] ، أَو وَجدَ معَهُ دراهمَ معقودةً علىٰ ثيابِهِ أَو تحتَ فراشهِ ، أَو وَجدَهُ مشدوداً علىٰ بهيمةٍ ، أَو وَجدَ في يدِهِ عنانَ دابَّةٍ ، أَو وَجدَهُ في خيمةٍ أَو دارٍ . . فإِنَّ ذٰلكَ كلَّهُ لَهُ ؛ لأَنَّ

---

(١) **الغرائر** ـ جمع غِرارة ـ : وهي كيس يوضع فيه التبن ، وتسمَّىٰ الخيشة .
(٢) **تنكب** ، يقال : نكب عن الطريق : عدل ومال ، وفي نسخة : (تكلمت) .
(٣) **السَّفَط** : سرير أَو مقعد يوضع فيه الصبي ، ونحوه يصنع من عيدان لوضع الفاكهة ، ووعاء يوضع فيه الطيب وأَدوات الزينة للنساء .

ذٰلكَ كلَّه في يدهِ ، ولَه يدٌ صحيحةٌ ، فهوَ كما لَو وَجدَ ذٰلكَ في يدِ بالغٍ .

وإنْ كانَ تحتَهُ مالٌ مدفونٌ ، أَو بالبُعدِ منهُ مالٌ مطروحٌ ، أَو فرسٌ مربوطٌ . . لَم يكنْ ذٰلكَ لَه ؛ لأَنَّه لاَ يدَ لَه عليهِ .

وإنْ كانَ بالقربِ منهُ مالٌ مطروحٌ ، أَو فرسٌ مربوطٌ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه لَهُ ؛ لأَنَّ الإنسانَ قدْ يَتركُ مالَه ودابَّتَهُ بالقربِ منهُ .

والثاني : أَنَّه لاَ يكونُ لَه ، **وهوَ ظاهرُ النصِّ** ؛ لأَنَّ اليدَ يدانِ ، يدٌ مُشاهَدَةٌ ويدٌ حكميَّةٌ . (فالمُشاهَدَةُ) : ما كانَ ممسكاً لَه بيدهِ . و(الحكميَّةُ) : ما كانَ في ملكِه ، وإنْ لَم يكنْ ممسِكاً لَه ، وهٰذا ليسَ بواحدٍ منهُما .

ويفارقُ الكبيرَ ؛ لأَنَّ ما يقربُهُ يكونُ مراعياً لَه ، فكانَ بمنزلةِ المتَّصلِ بهِ . والطفلُ لاَ مراعاةَ لَه ، فجرىٰ مجرىٰ البعيدِ مِنَ الكبيرِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ كلَّ مالٍ يكونُ للَّقيطِ . . يُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ في مِلكِ إنسانٍ . . فهوَ لصاحبِ الملكِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّه لَه .

وإنْ كانَ في غيرِ مِلكِ إنسانٍ ، فإنْ كانَ مِنْ غيرِ ضربِ الجاهليَّةِ . . فهوَ لُقطةٌ . وإنْ كانَ مِنْ ضربِ الجاهليَّةِ ، فإنْ كانَ في طريقٍ مسلوكٍ ، أَو قريةٍ عامرةٍ . . فهوَ لُقطةٌ .

وإنْ كانَ في مواتٍ ، أَو قريةٍ خَربةٍ كانتْ عامرةً في الجاهليَّةِ . . فهوَ رِكازٌ ، وكلُّ ما كانَ في يدِ اللَّقيطِ[1] فهوَ مِلكٌ لَه .

وإذا أَخذَ رجلٌ اللَّقيطَ ، وأَخذَ مالَهُ . . فهلْ لَه إمساكُهُ وحفظُهُ عليهِ بغيرِ أَمرِ الحاكمِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٦٤] :

أَحدُهما : لَه ذٰلكَ ، كما كانتْ لَه حضانتُهُ .

والثاني : ليسَ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّ مالِكَهُ متعيِّنٌ .

---

(١) في (م) : (الملتَقَط) ، وهما بمعنىً واحد .

مسألَةٌ : [الناس ضربان منْ حيث التكليف] :

النَّاسُ في الإِسلامِ علىٰ ضربينِ : مكلَّفٌ ، وغيرُ مكلَّفٍ .

فأَمَّا (المكلَّفُ) : فهوَ البالغُ العاقلُ . فهٰذا لا يحكمُ بإِسلامهِ إلاَّ بأَنْ يأْتيَ بالشهادتينِ .

وأَمَّا (غيرُ المكلَّفِ) : فهوَ الصبيُّ والمجنونُ . وقدْ يُسلِمُ الصبيُّ ، وقدْ يتبعُ غيرَهُ في الإِسلامِ .

فأَمَّا إِسلامُهُ بنفسِهِ : فيأتي ذِكرُهُ في السِّيَرِ إِنْ شاءَ اللهُ .

وأَمَّا إِسلامُهُ تبعاً لغيرِهِ : فذٰلكَ الغيرُ ثلاثةُ أَشياءَ :

الأَبوانِ ، أَو السَّابي ، أَو الدارُ .

فأَمَّا الأَبوانِ : فإِذا أَسلَما ولهُما ولدٌ صغيرٌ . . تبعَهُما في الإِسلامِ .

وهٰكذا : إِنْ أَسلمَ الأَبُ وَحدَهُ . . تبعَهُ في الإِسلامِ بلاَ خلافٍ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ وَالَّذِينَ ءَامَنُواْ وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ﴾ [الطور : ٢١] وإِنْ أَسلمتِ الأُمُّ وَحدَها . . تبِعَها ولدُها الصغيرُ في الإِسلامِ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (لاَ يتبعُها) .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ : « كُلُّ مَوْلُوْدٍ يُوْلَدُ علىٰ الْفِطْرَةِ : وَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ ، وَيُنَصِّرَانِهِ ، وَيُمَجِّسَانِهِ »(١) .

وعندَ مالكٍ : (إِنَّ الأُمَّ لا مدخلَ لها في التهويدِ والتنصيرِ والتمجيسِ) .

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (١٣٥٨) و(١٣٥٩) في الجنائز وله أطراف ، ومسلم (٢٦٥٨) في القدر ، وأبو داود (٤٧١٤) في السنة واللفظ له ، والترمذي (٢١٣٩) في القدر . وله ألفاظ : منها : « ما من مولود إلا يولد » و : « ليس من مولود يولد » و : « من يولد يولد علىٰ الفطرة » و : « كل مولود يولد علىٰ الملَّة » . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/٩٨) : يمكن أن يستدل به علىٰ أنه إذا ادعىٰ نسبَهُ كافر لم يقبل منه إلا ببينة لأنا لما فقدنا أبويه حكمنا بإسلامه تبعاً للدار ، فلا يعدل عن ذٰلك إلا ببينة .

ولأنَّها أَحدُ الأَبوينِ ، فيتبعُها الولدُ في الإسلامِ تغليباً للإسلامِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « الإِسْلاَمُ يَعْلُوْ وَلاَ يُعْلَىٰ »[1] كَالأَبِ .

وأَمَّا السابي : فإذا سُبيَ طفلٌ مِنْ أَولادِ الكفَّارِ ، فإنْ سُبيَ معَهُ أَبواهُ أَو أَحدُهما . . فإنَّه يتبعُهُما في الكُفرِ إنْ كانا كافرينِ . وإنْ أَسلمَ أَحدُهما . . تبعَهُ . وإنْ سُبيَ وَحدَهُ . . فهلْ يتبعُ السابيَ في الإسلامِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لاَ يتبعُهُ ؛ لأَنَّ يدَهُ يدُ مِلكٍ .

والثاني : يتبعُهُ ؛ لأنَّه لاَ يمكنُ اعتبارُ إسلامهِ بنفسهِ ، ولاَ بأَبويهِ ، فلمْ يبقَ مَنْ يتبعُهُ غيرُ السابي .

فعلىٰ هٰذا : إنْ كانَ السابي مسلِماً . . حُكمَ بإسلامِ الصبيِّ . وإنْ كانَ السابي يهوديّاً أَو نصرانيّاً . . لَم يُحكمْ بإسلامهِ .

وأَمَّا إسلامهُ بالدَّارِ : فالدارُ علىٰ ثلاثةِ أَضربٍ : دارُ إسلامٍ يسكنُها المسلمونَ ، ودارُ إسلامٍ يسكنُها المشركونَ ، ودارُ شركٍ يسكنُها المشركونَ .

فأَمَّا دارُ الإسلامِ التي يسكنُها المسلمونَ : فكأَرضِ الحجازِ كلِّها ، والعراقِ والكوفةِ واليمنِ . فإذا وُجِدَ فيها لَقيطٌ . . حكمَ بإسلامهِ ، سواءٌ كانَ أَكثرُ ساكنيها مسلمينَ ، أَو

---

(١) سلف ، وأخرجه عن عائذ المزني البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٠٥) في اللقطة ، وفي الباب :

عن معاذ عند الطيالسي في « مسنده » (٥٦٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٠٥) بلفظ : « الإسلام يزيد ولا ينقص » .

قال البيهقي : وإنما أراد والله أعلم أن حكم الإسلام يغلب ، ومن تغليبه أن يحكم للولد بالإسلام بإسلام أحد والديه .

قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٩٧) : يستدلُّ به علىٰ أنَّ اللقيط إذا وجد في بلد الكفار وفيه مسلمون أن يحكم بإسلامه علىٰ المذهب .

فائدة : روىٰ عن عليٍّ رضي الله عنه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٠٢) : أنه قضىٰ في اللقيط أنه حرٌّ ، وقرأ هٰذه الآية : ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ ﴾ [يوسف : ٢٠] .

كفَّاراً ؛ لأنَّه يحتملُ أنَّهُ مسلمٌ ، ويحتملُ أنَّه كافرٌ ، فغُلِّبَ الإسلامُ تغليباً للدَّارِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « ٱلإِسْلاَمُ يَعْلُوْ وَلاَ يُعْلَىٰ » .

وأمَّا دارُ الإسلامِ التي يَسكنُها الكفَّارُ : فهيَ علىٰ ضربينِ :

دارٌ فتحَها المسلمونَ فملَكُوها وأقرُّوا الكفَّارَ فيها ببذلِ الجزيةِ ، فهٰذهِ دارُ إسلامٍ ؛ لأنَّ حكمَ الإسلامِ جارٍ فيها . فإنْ وُجِدَ فيها لَقيطٌ : فإنْ كانَ فيها مِنَ المسلمينَ ولو واحدٌ . . فإنَّه يحكمُ بإسلامِ اللَّقيطِ الذي وُجِدَ فيها ، سواءٌ دَخلَها ذٰلكَ المسلمُ ساكناً أو تاجراً ، تغليباً لحكمِ الدارِ وحكمِ الإسلامِ . فإنْ قالَ ذٰلكَ المسلمُ : ليسَ بٱبني . . قُبِلَ قولُه في نفيِ نَسَبِهِ عنهُ ، ولٰكنْ لا يُحكمُ بسقوطِ إسلامهِ بذٰلكَ .

وإنْ لَم يدخلْ إليها مسلمٌ . . فإنَّ اللَّقيطَ الموجودَ فيها كافرٌ ؛ لأنَّه لاَ يحتملُ أنْ يكونَ ٱبنَ مُسلِمٍ .

وإنْ كانَتْ دارَ إسلامٍ إلاَّ أنَّ المشركينَ غَلَبوا عليها المسلمينَ وأخرجُوهُم منْها ، كـ : طَرَسوسَ[1] ، وأرضِ القُدسِ ، والمَصِيصةِ[2] وما أشبهها مِنَ الثغورِ ، فإنْ كانَ فيها مسلمونَ بينَ الكفَّارِ ، ووُجدَ فيها لَقيطٌ . . حكمَ بإسلامهِ ؛ لاجتماعِ حكمِ الدارِ والمسلمِ الذي فيها .

وإنْ لَم يكنْ فيها أَحدٌ مِنَ المسلمينَ . . ففيهِ وجهانِ :

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : لاَ يُحكمُ بإسلامِ اللَّقيطِ الموجودِ فيها ؛ لأنَّه لاَ يحتملُ أنْ يكونَ ٱبنَ مسلمٍ .

وقالَ أبو إسحاقَ : يُحكمُ بإسلامهِ ؛ لأنَّها دارُ إسلامٍ ، ويحتملُ أنْ يكونَ بقيَ فيها مسلمٌ أخفىٰ نفسَهُ وهٰذا ٱبنُهُ .

---

(١) طرسوس ـ كحَلَزُون ـ : بلد إسلامي مخصب كان للأرمن ثم أعيد للإسلام ، كذا في القاموس ، وقال الفيومي : مدينة علىٰ ساحل البحر المتوسط كانت ثغراً من ناحية بلاد الروم ، قريباً من طرف الشام ، وقال في « البارع » : قال الأصمعي : وزان عصفور . وفي « مراصد الاطلاع » (٢/ ٨٨٣) : بينها وبين أَذَنه ستة فراسخ يشقها نهر البردان وبها قبر المأمون .

(٢) المصيصة ـ كسفينة ـ: مدينة بالشام علىٰ شاطىء نهر جيحان كانت من ربط المسلمين قديماً ، فيها ثغور تقع بين أنطاكية وبلاد الروم من « مراصد » .

وأَمَّا دارُ الشِّرْكِ التي يسكنُها المشركونَ : فمثلُ الرومِ والتركِ وغيرِهما : فإنْ لَم يكنْ فيها مسلمٌ . . فاللَّقيطُ الموجودُ فيها كافرٌ ؛ لأَنَّ الدارَ دارُ كفرٍ .

وإنْ كانَ معَهُم مسلِمٌ أَسيرٌ أَو غيرُه . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه مسلمٌ تغليباً للمسلِمِ الذي فيها .

والثاني : أَنَّه كافرٌ ؛ لأَنَّه يحتملُ أَنَّه ٱبنُ مسلمٍ ، ويحتملُ أَنَّه ٱبنُ كافرٍ . . فغُلِّبَ الكفرُ ؛ لأَنَّ الدارَ دارُ كفرٍ ، والكفَّارُ فيها أَكثرُ ، ولأَنَّ الظاهرَ مِنَ الأَسيرِ أَنَّه لاَ يتمكَّنُ مِنَ الوطْءِ بنكاحٍ ولاَ بغيرِه .

فرعٌ : [الإشهاد علىٰ أخذ اللقيط] :

وإذا أَخذَ المُلتقِطُ اللَّقيطَ . . فهلْ يجبُ عليهِ الإشهادُ عليهِ ؟

مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ وجهانِ ، كما قُلنا في اللُّقطةِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : يجبُ عليهِ الإشهادُ وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ الإشهادَ في اللُّقطةِ لحفظِ المالِ ، والإشهادَ هاهُنا لحفظِ النسبِ ، وللنَّسبِ مزيَّةٌ علىٰ المالِ في الإشهادِ ، ولهٰذا وَجبَ الإشهادُ في عقدِ النكاحِ دونَ البيعِ وغيرِه مِنَ العقودِ .

مسأَلةٌ : [الإنفاق علىٰ اللقيط] :

وأَمَّا نفقةُ اللَّقيطِ : فلا يخلو : إمَّا أَنْ يكونَ لَه مالٌ ، أَو لاَ مالَ لَه . فإنْ كانَ لَه مالٌ . . كانتْ نفقتُهُ في مالِهِ ؛ لأَنَّ الطفلَ إذا كانَ لَه أَبوانِ موسِرَانِ ولَه مالٌ ، كانتْ نفقتُهُ في مالِه ، فلأَنْ تكونَ نفقةُ مَنْ لا يُعرفُ أَبواهُ في مالهِ أَولىٰ .

فإنْ كانَ في البلدِ حاكمٌ . . لَم يَجُزْ للملتقِطِ أَنْ ينفِقَ علىٰ اللَّقيطِ مِنْ مالهِ بغيرِ إذنِ الحاكمِ ؛ لأَنَّ الملتقِطَ لاَ ولايةَ لَه علىٰ مالِ اللَّقيطِ ، وإنَّما لَه الولايةُ علىٰ حضانتِهِ ، فإنْ خالفَ وأَنفقَ عليهِ مِنْ مالهِ بغيرِ إذنِ الحاكمِ . . لَزمهُ الضمانُ ؛ لأَنَّه تعدَّىٰ بذٰلكَ .

وإنْ جاءَ الملتقِطُ إلىٰ الحاكمِ وعرَّفهُ الحالَ . . نظرتَ : فإنْ أَخذَ الحاكمُ المالَ منهُ ، ودفعَهُ إلىٰ أَمينٍ ، وأَمرَهُ أَنْ يعطيَ الملتقِطَ كلَّ يومٍ قَدْرَ النفقةِ ، أَو ينفقَه الأَمينُ عليهِ ،

أَو قبضَ الحاكمُ المالَ مِنَ الملتقِطِ ، ودفعَ إِليهِ كلَّ يومٍ قدْرَ نفقةِ اللَّقيطِ ، وأَمرَهُ بإِنفاقِ ذٰلكَ عليهِ . . جازَ .

وإِنْ أَقرَّ الحاكمُ المالَ في يدِ الملتقِطِ ، وأَمرَهُ أَنْ ينفقَ منهُ قَدْرَ ما يحتاجُ إِليهِ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ هاهُنا وفي (الدعوىٰ) : (يجوزُ) .

وقالَ في (اللُّقطةِ الكبيرِ) مِنَ « الأُمِّ » [٣/ ٢٩٠] : (إِذا وَجدَ الرجلُ ضالَّةً وأَرادَ أَنْ يُنفِقَ عليها مِنْ مالِهِ علىٰ أَنْ يرجعَ بذٰلكَ علىٰ صاحبِها . . لَم يَجُزْ ، إِلاَّ أَن يدفعَ ذٰلكَ إِلىٰ الحاكمِ حتَّىٰ يُنصِّبَ عَدْلاً ، فيأمرَ الملتقِطَ بدفعِ المالِ إِليهِ ، حتَّىٰ يتولَّىٰ الإِنفاقَ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ نَقلَ جوابَ كلِّ واحدةٍ منهما إِلىٰ الأُخرىٰ ، وخرَّجَهما علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ أَنْ يأْذنَ لَه في الموضعينِ بالإِنفاقِ ، بلْ ينصِّبُ أَميناً يجعلُ المالَ في يدِهِ ، ويُعطيهِ قَدْرَ النفقةِ كلَّ يومٍ ؛ لأَنَّه إِذا أَذِنَ لَه في أَنْ يُنفِقَ النفقةَ ممَّا في يدِهِ . . صارَ قابضاً مِنْ نفْسِهِ ومُقبِضاً ، وإِنَّما يجوزُ ذٰلكَ في الأَبِ والجدِّ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰذا التعليلُ إِنَّما يصحُّ في الضالَّةِ ، وفي اللَّقيطِ إِذا لَم يكنْ لَه مالٌ فأَقرضَهُ الملتقِطُ .

والقولُ الثاني : أَنَّهُ يجوزُ أَنْ يأْذنَ لَه في الإِنفاقِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الملتقِطَ أَمينٌ . فإِذا أَذنَ لَه في الإِنفاقِ . . صارَ وليّاً ، وللوليِّ أَنْ يُنفِقَ علىٰ المُولَّىٰ عليهِ مِنْ مالِهِ بإِذنِ الحاكمِ ، كالوليِّ علىٰ اليتيمِ مِنْ قِبَلِ الحاكمِ والوصيِّ . ولأَنَّه لاَ خلافَ أَنَّهُ إِذا أَخذَ المالَ مِنْ يدهِ ، جازَ أَنْ يدفعَ إِليهِ كلَّ يومٍ قَدْرَ النفقةِ ويتولَّىٰ إِنفاقَ ذٰلكَ عليهِ ، فجازَ إِقرارُ المالِ بيدهِ لينفقَ عليهِ منهُ قَدْرَ حاجتهِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ حملَهما علىٰ ظاهرِهما فقالَ في اللَّقيطِ : يجوزُ ، وقالَ في الضالَّةِ : لا يجوزُ .

والفرقُ بينهُما : أَنَّ اللَّقيطَ مُولَّىٰ عليهِ بكلِّ حالٍ ؛ لأَنَّه إِذا لَم يكنْ لَه أَبٌ ولا جدٌّ . . فالحاكمُ وليُّهُ . وإِذا كانَ لَه أَحدُهما . . قامَ الحاكمُ مقامَهُ عندَ غَيبتِهِ ، وقدْ أَذنَ لَه . وأَمَّا الضالَّةُ : فيجوزُ أَنْ تكونَ لبالغٍ رشيدٍ لا وِلايةَ للحاكمِ عليهِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإذا قُلنا : إِنَّهُ يُنصِّبُ أَميناً يدفعُ المالَ إليهِ ليعطيَهُ النفقةَ . . قَدَّرَ لَه الحاكمُ ما يُعطيهِ كلَّ يومٍ .

وإنْ قُلنا : يأمرُهُ بالإنفاقِ . . فإنَّهُ يُنفقُ ما يحتاجُ إليهِ في العُرفِ . فإذا بلغَ اللَّقيطُ وٱختلفا في قَدْرِ النفقةِ ، فإنْ كانَ ما يدَّعيهِ الملتقطُ النفقةَ بالمعروفِ . . فالقولُ قولُه معَ يمينهِ ؛ لأَنَّه أمينٌ . وإنِ ٱدَّعىٰ أكثرَ مِنَ النفقةِ بالمعروفِ . . لَم يُقبلْ قولُه في الزيادةِ ، ولَزِمَهُ ضمانُ الزيادةِ . فإنْ لَم يكنْ في البلدِ حاكمٌ ، فأَنفقَ الملتقطُ مِنْ غيرِ إشهادٍ . . ضَمِنَ . وإنْ أَشهدَ ، فهلْ يضمنُ ؟ فيهِ قولانِ ، وقيلَ : هُما وجهانِ :

أَحدُهما : يضمنُ ؛ لأَنَّه أَنفقَ بغيرِ إذنِ الحاكمِ ، فضمنَ كما لَو كانَ في البلدِ حاكمٌ .

والثاني : أَنَّهُ لا يضمنُ ؛ لأَنَّه موضعُ ضرورةٍ ، والإنفاقُ لاَ بدَّ منهُ ، إذ لو تُرِكَ مِنْ غيرِ إنفاقٍ . . ماتَ .

وإنْ لَم يكنْ للَّقيطِ مالٌ . . أُنفقَ عليهِ مِنْ بيتِ المالِ ؛ لما رويَ : (أَنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ ٱستشارَ الصحابةَ رضيَ اللهُ عنهُم في نفقةِ اللَّقيطِ . . فقالوا : يُنفَقُ عليهِ مِنْ بيتِ المالِ) ، ولأَنَّه لو كانَ بالغاً معسِراً ، كانتْ نفقتُهُ في بيتِ المالِ ، فاللَّقيطُ بذٰلكَ أَحقُّ . وإنْ لَم يكنْ في بيتِ المالِ شيءٌ ، أَو كانَ فيهِ شيءٌ ولٰكنِ ٱحتيجَ إليهِ لما هوَ أَهمُّ مِنْ ذٰلكَ . . فإنَّهُ يجبُ علىٰ المسلمينَ الإنفاقُ عليهِ ، كما لوِ ٱضطرَّ بالغٌ إلىٰ الطعامِ ، فإنَّهُ يجبُ علىٰ المسلمينَ بَذلُ ما يحتاجُ إليهِ مِنَ الطعامِ ، وهلْ يجبُ ذٰلكَ عليهِم علىٰ وجهِ الإنفاقِ ، أَو علىٰ وجهِ القرضِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يجبُ عليهِم ذٰلكَ علىٰ وجهِ الإنفاقِ بلا عِوَضٍ ؛ لأَنَّه ضائعٌ لاَ حيلةَ لَه ، فوجبَ الإنفاقُ عليهِ بغيرِ عِوَضٍ ، كالمجنونِ الذي لاَ يَعقِلُ ولاَ شيءَ لَه ، فإنَّهُ يجبُ علىٰ المسلمينَ الإنفاقُ عليهِ ، وكذٰلكَ يجبُ عليهِم كَفَنُ ميْتٍ لاَ مالَ لَه .

والثاني : يجبُ عليهِم ذٰلكَ ، ويكونُ قرضاً لَهم عليهِ ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لأَنَّهُ نفقةٌ لإحيائِهِ ، فلَم يجبْ إلاَّ بعِوضٍ ، كالمضطرِّ إلىٰ الطعامِ . فإذا قُلنا : يجبُ عليهِم بغيرِ عِوَضٍ . . فإنَّ ذٰلكَ يجبُ علىٰ مَنْ عَلِمَ بهِ . فإذا قامَ بهِ بعضُهم . . سقطَ الفَرضُ عَنِ

الباقينَ . وإِنْ تَركوا الإنفاقَ عليهِ . . أثموا ، وللإمامِ أَنْ يقاتِلَهم عليهِ كما يقاتلُهم علىٰ تركِ صلاةِ الجنازةِ .

وإِنْ قُلنا : يجبُ عليهِم ، ويكونُ قرضاً لَهم . . قيلَ للملتقِطِ : أَتُقرِضُهُ أَنتَ ؟ فإِنْ قالَ : نَعم . . جازَ أَنْ يُقترضَ منهُ .

فإِنْ قبضَ الحاكمُ منهُ المالَ ، ثمَّ دفعَهُ إِليهِ ، أَو إِلىٰ أَمينٍ لينفقهُ عليهِ . . جازَ . وإِنْ أَمرَهُ الحاكمُ أَنْ ينفقَ عليهِ قَرْضاً عليهِ . . فهلْ يصحُّ ؟ فيهِ طريقانِ ، كما قُلنا فيهِ إِذا أَمرَهُ أَنْ ينفقَ مِنْ مالِ اللقيطِ بيدِهِ .

وإِنْ لَم يجدْ معَ الملتقِطِ ما يُقرِضُهُ . . اقترضَ لَه مِنْ غيرِهِ مِنَ المسلمينَ . فإِنْ لَم يُقرِضوهُ . . قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (أَحصىٰ الحاكمُ أَهلَ البلدِ وأَحصىٰ نفْسَهُ معهم وقَسَّطَ نفقتَهُ عليهِم بالحصصِ) . ثمَّ يَنظرُ : فإِنْ حصلَ في بيتِ المالِ شيءٌ قبلَ بلوغِ اللَّقيطِ ، أَو قبلَ يَسارِهِ . . قضىٰ عنهُ ذٰلكَ مِنْ بيتِ المالِ ؛ لأَنَّه لَو كانَ في بيتِ المالِ شيءٌ ، كانتْ نفقتُهُ منهُ . فوجبَ قضاءُ ما اقتُرِضَ عليهِ منهُ . وإِنْ حصلَ للطفلِ مالٌ . . وَجبَ قضاءُ ذٰلكَ منهُ . هٰذا ترتيبُ الشيخِ أَبي حامدٍ ، وابنِ الصبَّاغِ . وذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ في « المهذَّبِ » : إِذا لَم يكنْ للَّقيطِ مالٌ . . ففي نفقتهِ قولانِ :

أَحدُهما : يجبُ في بيتِ المالِ .

فعلىٰ هٰذا : لا يرجعُ بما ينفقُ عليهِ علىٰ أَحدٍ .

والثاني : لا يجبُ في بيتِ المالِ ؛ لأَنَّ مالَ بيتِ المالِ لا يُصرفُ إِلاَّ فيما لا وجهَ لَه غيرُهُ ، واللَّقيطُ يجوزُ أَنْ يكونَ عبداً ، فتكونُ نفقتُهُ علىٰ سيِّدهِ ، أَو حرّاً لَه مالٌ ، فنفقتُه في مالهِ ، أَو فقيراً لَه مَنْ يلزمُهُ نفقتُهُ .

فعلىٰ هٰذا : يَستقرِضُ لَه الإمامُ نفقتَهُ مِنْ بيتِ المالِ ، أَو مِنْ رجلٍ مِنَ المسلمينَ . فإِنْ لَم يكنْ يمكنْ ذٰلكَ . . جمعَ الإمامُ مَنْ لَه مُكْنةٌ[١] وعَدَّ نفْسَهُ فيهم ، وقَسَّطَ نفقتَهُ عليهِم . فإِنْ بانَ أَنَّهُ عبدٌ . . رجعَ علىٰ مولاهُ . وإِنْ بانَ أَنَّ لهُ أَباً موسِراً . . رَجعَ عليهِ بما

---

(١) **مُكنة** : غنىً ومال وقدرة .

اقتَرَضَ عليهِ . وإِنْ كانَ لَه كسبٌ . . قُضيَ منهُ . وإِنْ لَم يكنْ لَه شيءٌ مِنْ ذٰلكَ . . قُضيَ مِنْ سَهمِ مَنْ يَرىٰ الإمامُ مِنَ المساكينِ أَوِ الغارمينَ .

مسألَةٌ : [ثبوت الولاية علىٰ اللقيط] :

إِذا ٱلتقطَ اللَّقيطَ حرٌّ مسلمٌ ثقةٌ موسِرٌ مقيمٌ . . أُقِرَّ في يدهِ ؛ لأَنَّه لا بدَّ لَه أَنْ يكونَ في يدِ مَنْ يَكفُلُهُ ، فكانَ الملتقِطُ أَحقَّ .

وإِنِ ٱلتقطَهُ عبدٌ . . لَم يُقَرَّ في يدهِ ؛ لأَنَّه لاَ يَقدِرُ علىٰ حَضانتِهِ معَ خدمةِ سيِّدهِ . فإِنْ عَلِمَ بهِ السيِّدُ وأَقرَّهُ في يدهِ . . جازَ وكانَ السيِّدُ هوَ الملتقِطَ ، كما قُلنا في العبدِ إِذا ٱلتقطَ لُقطةً وعلِمَ بها السيِّدُ وأَقرَّها في يدهِ .

وإِنِ ٱلتقطَهُ كافرٌ ، فإِن كانَ اللَّقيطُ محكوماً بإِسلامهِ . . لَم نقرَّهُ في يدِهِ ؛ لأَنَّ القيامَ بأَمرِ اللَّقيطِ وِلايَةٌ ، والكافرُ ليسَ مِنْ أَهلِ الوِلايةِ علىٰ المسلمِ ، ولأَنَّه ربَّما فتنَهُ عَنْ دِينهِ .

وإِنْ كانَ اللَّقيطُ محكوماً بكفرهِ . . أقرَّ في يدهِ ؛ لأَنَّ الكافرَ يلي علىٰ مَنْ هوَ مِنْ أَهلِ دينهِ .

وإِنِ ٱلتقطَهُ فاسقٌ . . لَم يُقرَّ في يدهِ ؛ لأَنَّ القيامَ بأَمرِ اللَّقيطِ وِلايةٌ ، والفاسقُ ليسَ مِنْ أَهلِ الوِلايةِ ، ولأَنَّهُ لاَ يُؤمَنُ أَنْ يَسترِقَّهُ .

وإِنِ ٱلتقطَهُ معسِرٌ . . ففيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : **قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : يُقرُّ في يدِه ؛ لأَنَّ نفقتَهُ لاَ تجبُ علىٰ الملتقِطِ ، ولأَنَّ حضانةَ اللَّقيطِ ولايةٌ ، والمعسرُ مِنْ أَهلِ الوِلايةِ .

و[**الثاني**] : قالَ أَبو إِسحاقَ : لا يُقَرُّ بيدهِ ؛ لأَنَّه قدْ يريدُ التبرُّعَ بالإِنفاقِ عليهِ ، فلا يمكنُه ذٰلكَ معَ الإِعسارِ .

وإِنْ وُجِدَ اللَّقيطُ في مِصرٍ أَو قريةٍ : فإِنْ وَجدَهُ مَنْ يَصلُحُ للحضانةِ مِنْ أَهلِ المِصْرِ والقريةِ ، ويريدُ الإِقامةَ فيهِ . . أُقِرَّ في يدهِ . وإِنْ وَجدَهُ مَنْ هوَ علىٰ الخروجِ منها إِلىٰ غيرِها . . نظرتَ : فإِنْ كانَ يريدُ الانتقالَ إِلىٰ باديةٍ . . لَم يُقَرَّ في يدهِ لثلاثةِ معانٍ :

أَحدُها : أَنَّ تَرْكَهُ في الموضعِ الذي وَجدَهُ فيهِ أَرجىٰ لظهورِ نَسَبِهِ مِنَ الموضعِ الذي ينقلُهُ إِليهِ .

والثاني : أَنَّ الحضَرَ أَوفقُ للَّقيطِ[1] ، وأَحظُّ له ؛ لأَنَّه يُوجدُ في الحضرِ ما يُحتاجُ إِليهِ لتربيةِ الطفلِ ، ولاَ يُوجدُ ذٰلكَ في الباديةِ .

والثالثُ : أَنَّ تَرْكَهُ في الحَضَرِ أَظْهَرُ لحُرِّيَّتهِ ؛ لأَنَّه إِذا أَقامَ بهِ في المِصرِ . . عَلِمَ الناسُ بهِ . وإِذا خرجَ بهِ إِلىٰ الباديةِ . . لا يُؤمَنُ أَنْ يَسترِقَّهُ الملتقِطُ ، أَو يموتَ فيَسترِقَّهُ وَارِثُهُ .

وإِنْ أَرادَ الملتقِطُ أَنْ ينتقلَ بهِ إِلىٰ مصرٍ أَو قريةٍ مثلِ الموضعِ الذي وَجدَهُ فيهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ؛ لأَنَّه ينقلُهُ إِلىٰ مثلِ الموضعِ الذي وَجدَهُ فيهِ .

والثاني ـ وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّهُ لاَ يجوزُ ؛ لِمَا ذكرناهُ إِذا أَرادَ الانتقالَ بهِ إِلىٰ الباديةِ .

وإِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ الشافعيَّ قالَ : (ولَو أَرادَ الذي ٱلتقطَهُ الظَّعْنَ بهِ ، فإِنْ كانَ يُؤمَنُ أَنْ يَسترِقَّهُ . . فذٰلكَ لَه ، وإِلاَّ . . منَعَهُ) .

قالَ أَصحابُنا : أَرادَ بهٰذا : أَنَّ الرجلَ إِذا ٱلتقطَ لقيطاً ، وثبَتَتْ وِلايتُهُ عليهِ بكونهِ أَميناً ، ثمَّ أَرادَ بعدَ ذٰلكَ أَنْ يَظعنَ مِنْ ذٰلكَ البلدِ ، وينتقلَ إِلىٰ بلدٍ آخرَ ، أَو قريةٍ أُخرىٰ ، وينقلَ اللَّقيطَ معَهُ ، فإِنْ كانَ يُؤمَنُ أَنْ يَسترِقَّهُ ، بأَنْ يكونَ قدْ عُرفَتْ أَمانتُهُ ، وخُبِرَ في الظاهرِ والباطنِ . . فلَه أَنْ ينقلَهُ معهُ ؛ لأَنَّه قدْ ثبتَ لَه حقُّ الوِلايةِ والتربيةِ ، فكانَ أَولىٰ مِنْ غيرِهِ لثبوتِ يدِهِ عليهِ ووِلايتهِ . وإِنْ لَم يُؤمَنْ أَنْ يَسترِقَّهُ ، مثلُ أَنْ لم تُختبرْ أَمانتُهُ في الظاهرِ والباطنِ . . لَمْ يُقرَّ في يدهِ ؛ لأَنَّه لاَ يُؤمَنُ أَنْ يَسترِقَّهُ .

فإِنْ قيلَ : هٰذا مناقضةٌ علىٰ قولِ الشافعيِّ ؛ لأَنَّ اللَّقيطَ لا يُقَرُّ إِلاَّ في يدِ أَمينٍ ، فكيفَ قالَ هاهُنا : (إِذا أَرادَ أَنْ يَظعنَ بهِ ـ إِنْ كانَ يُؤمَنُ أَنْ يَسترِقَّهُ ـ تُرِكَ ، وإِلاَّ مُنِعَ) ؟

---

(١) في (م) : (أرفق باللقيط) .

فالجوابُ : أَنَّ الملتقِطَ إِذا لَم يكنْ فاسقاً ، وهوَ أَمينٌ في الظاهرِ دونَ الباطنِ ، بأَنْ يكونَ غريباً دخلَ البلدَ ، ولَم تُختبرْ أَمانتُهُ في الباطنِ ، فإِنَّ اللَّقيطَ يُقَرُّ بيدهِ ؛ لأَنَّه عَدْلٌ في الظاهرِ ، فهٰذا لاَ يمكَّنُ مِنَ الانتقالِ بهِ وإِنْ أُقرَّ بيدِهِ في البلدِ .

وأَمَّا الأَمينُ الذي عُرِفتْ أَمانتُهُ في الظاهرِ والباطنِ ، بأَنْ كانَ قدْ نشأَ في البلدِ ، وعُرِفتْ أَمانتُهُ ظاهراً وباطناً . . فهٰذا يُقَرُّ اللَّقيطُ بيدِهِ ، ويمكَّنُ مِنَ الانتقالِ بهِ بعدَ ثبوتِ وِلايتهِ عليهِ .

وأَمَّا إِذا وُجِدُ اللَّقيطُ في الباديةِ ، فإِنْ كانَ الواجدُ لَه مِنْ مِصرٍ أَو قريةٍ بقربِ تلكَ الباديةِ ، وأَرادَ حملَهُ معَهُ إِلىٰ المِصرِ أَوِ القريةِ . . أُقِرَّ بيدهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَحظُّ لَه مِنَ الباديةِ .

وإِنْ كانَ الواجدُ لَه بدويّاً ، فإِنْ كانَ مقيماً في الموضعِ الذي وَجدَهُ فيهِ . . أُقِرَّ بيدهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَرجىٰ لظهورِ نَسبِهِ ، وإِنْ كانَ ينتقلُ في طلبِ الماءِ والكلأِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُقَرُّ بيدهِ ؛ لأَنَّه هوَ الواجدُ لَه ، وهوَ مِنْ أَهلِ الوِلايةِ .

والثاني : لا يُقَرُّ في يدهِ ؛ لأَنَّ علىٰ اللَّقيطِ مشقَّةً في التنقُّلِ .

مسأَلةٌ : [تنازع واجدان حضانة لقيط] :

إِذا وَجدَ ٱثنانِ لقيطاً ، وتنازعا في حَضانتِهِ وهُما مِنْ أَهلِ الحضانةِ : فإِنْ كانَ ذٰلكَ قبلَ أَنْ يَأْخُذاهُ . . أَخذَهُ الحاكمُ ، وأَقرَّهُ في يدِ مَنْ يَرىٰ منهُما ، أَو مِنْ غيرِهما ؛ لأَنَّه لاَ حقَّ لهُما قبلَ أَنْ يأْخُذاهُ . وإِنِ ٱلتقطاهُ وتشاحَّا في حَضانَتِهِ . . أَقرعَ الحاكمُ بينهُما ، فمَنْ خرجتْ لَه القُرعةُ . . كانَ أَحقَّ بهِ .

وقالَ أَبو عليٍّ بنُ خيرانَ : يُقِرُّهُ الحاكمُ بيدِ مَنْ يرىٰ منهما مِنْ غيرِ قُرعةٍ . **والمذهبُ الأَوَّلُ** ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ [آل عمران : ٤٤] ولأَنَّه لا يمكنُ أَنْ يُجعَلَ في أَيديهما ؛ لأَنَّه لا يمكنُ ٱجتماعهما علىٰ حضانَتهِ . ولا يُمكنُ أَنْ يُجعَلَ بينَهُما فيكون عندَ أَحدِهما زماناً ، وعندَ الآخرِ مثلَهُ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ إِضراراً باللَّقيطِ ؛ لأَنَّ الأَغذيةَ تَختلِفُ عليهِ ، ويَستوحشُ بمفارقةِ مَنْ أَنِسَ إِليهِ . ولا

يُمكنُ أَن يقدَّمَ أَحدُهما علىٰ الآخرِ ؛ لأَنَّهُ لاَ مزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخرِ . فإذا بَطلتْ هٰذهِ الأَقسامُ . . لَم يبقَ إلاَّ أَنْ يُقرعَ بينَهُما .

قالَ الشافعيُّ في « الأُمِّ » : (ولا فرقَ بينَ أَنْ يكونا رجلينِ أَوِ ٱمرأَتينِ ، أَو رجلاً وٱمرأَةً ؛ لأَنَّهما مِنْ أَهلِ الحضانةِ والتربيةِ) .

فإنْ قيلَ : أَليسَ لوِ ٱفترقَ الزوجانِ ، ولهُما ولدٌ لَه دونَ سبعِ سنينَ ، فإنَّ الأُمَّ أَولىٰ بحضانَةِ الولدِ ، فهلاَّ قُلتم : إنَّ المرأَةَ هاهُنا أَولىٰ بالحَضانَةِ ؟

قُلنا : الفرقُ بينهُما : أَنَّ الولدَ هناكَ خُلِقَ مِنْ ماءِ الزوجينِ ، وللأُمِّ مزيةٌ بحَملِهِ ورَضاعِهِ ، وشَفقَتُها عليهِ أَكثرُ ، فلذٰلكَ قُدِّمتْ علىٰ الأَبِ . وهاهُنا إنَّما ثبتَ لهُما الحقُّ بالالتقاطِ ، وهُما متساويانِ فيهِ ، فلَم يقدَّمْ أَحدُهما علىٰ الآخرِ ، ولأَنَّا إذا جَعلنا الحَضانةَ للأُمِّ . . فإنَّ حقَّ الأَبِ لاَ ينقطعُ منهُ ؛ لأَنَّ التأَديبَ والتعليمَ إليهِ ، وذٰلكَ جمعٌ بينَ الحقَّينِ ، وليسَ كذٰلكَ هاهُنا ، فإنَّا إذا جَعلنا الحَضانَةَ للمرأَةِ . . ٱنقطعَ حقُّ الرجلِ عنهُ .

فرعٌ : [تنازل أحد الواجدين عن الحضانة للآخر] :

فإنِ ٱلتقطَهُ ٱثنانِ ، وتركَ أَحدُهما حقَّهُ مِنَ الحضانةِ للآخرِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحَدُهُما : ليسَ لَه ذٰلكَ ، بلْ يَرفعُ الأَمرَ إلىٰ الحاكمِ ليقرَّهُ في يدِ الآخرِ ؛ لأَنَّ الملتقِطَ إنَّما يملِكُ الحضانةَ ولاَ يملِكُ نقلَ الوِلايةِ إلىٰ غيرهِ .

والثاني : يقرُّ في يدِ الآخَرِ مِنْ غيرِ إذنِ الحاكمِ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّ الحقَّ لَهما ، فإذا تركَ أَحدُهما حقَّهُ ثبتَ الجميعُ للآخَرِ ، كما لَو ثبتتْ لَهما الشُّفعةُ فعفا أَحدُهما عَنْ حقِّهِ . وليسَ ذٰلكَ بنقلِ وِلايةٍ وإنَّما تركُ حقٍّ .

وإنْ تنازعا حضانتَهُ وأَحدُهما مِنْ أَهلِ الحَضانَةِ ، والآخَرُ ليسَ مِنْ أَهلِ الحَضانَةِ . . أُقِرَّ في يدِ مَنْ هوَ مِنْ أَهلِ الحَضانَةِ ؛ لأَنَّه لا حقَّ للآخَرِ في حَضانتهِ .

مسأَلةٌ : [ادّعى رجلان من أهل الحضانة لقيطاً] :

إِذا تداعىٰ رجلانِ مِنْ أَهلِ الحَضانَةِ لقيطاً. . فقالَ كلُّ وَاحِدٍ منهُما : أَنا ٱلتقطتُهُ ، فليَ حقُّ حَضانتهِ ، فإِنْ لَم يكنْ لأَحدِهماعليهِ يدٌ . . فإِنَّ الحاكمَ يأْخذُهُ ويقرُّهُ في يدِ مَنْ يرىٰ منهُما ، أَو مِنْ غيرِهما ؛ لأَنَّه لاَ يدَ لأَحدِهما عليهِ . وإِنْ كانَ في يدِ أَحدِهما . . كانَ صاحبُ اليدِ أَحقَّ بهِ ؛ لأَنَّ لَه يداً تدلُّ علىٰ الالتقاطِ . فإِنْ قالَ الآخَرُ : أَنا ٱلتقطتُهُ أَوّلاً ، وإِنَّما غَصَبهُ الآخَر منِّي . . فالقولُ قولُ صاحبِ اليدِ معَ يَمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الغصبِ . وإِنْ كانَ في يَديهِما :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ وٱبنُ الصبَّاغِ : أُقرِعَ بينهُما ؛ لأَنَّه لا مزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخَرِ .

وقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : يَتحالفانِ . فإِنْ حلفا أَو نَكلاَ . . أُقرِعَ بينَهُما . وهٰذا أَولىٰ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يدَّعي أَنَّهُ هوَ الملتقِطُ أَوّلاً ، وأَنَّ الآخَرَ أَدخلَ يدَهُ معَهُ ، فتحالفا كالمختلِفينِ في المِلكِ . فإِنْ حلفَ أَحدُهما ، ونكلَ الآخَرُ . . قُضيَ بهِ للحالفِ .

وإِنْ كانَ لأَحدِهما بيِّنةٌ دونَ الآخرِ . . قُضيَ لصاحبِ البيِّنةِ ؛ لأَنَّ البيِّنةَ أَقوىٰ مِنَ الدعوىٰ .

وإِنْ كانَ معَ كلِّ واحدٍ منهما بيِّنةٌ : فإِنْ كانتِ البيِّنتانِ مُؤَرَّختَينِ تأْرِيخاً وَاحداً ، أَو مُطْلَقَتَينِ ، أَو إِحداهما مُطلَقةٌ والأُخرىٰ مؤَرَّخةٌ . . تَعارضَتا ، وفيهما قوْلانِ[1] :

أَحدُهما : تَسقُطانِ . فيكونُ الحكمُ كما لَو لَم يكنْ معَ أَحدِهما بيِّنةٌ .

والثاني : يُستعملانِ . وفي الاستعمالِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : يُقسَمُ بينَهُما .

والثاني : يُوقفُ الأَمرُ حتَّىٰ ينكشفَ .

---

(١) في نسخة : (وجهان) .

والثالثُ : يُقرَعُ بينَهُما .

ولاَ تَجيءُ هاهُنا القِسمةُ ولا الوقفُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يضرُّ باللَّقيطِ . ولٰكنْ يُقرع بينهُما ، فمَنْ خَرجتْ لَه القرعةُ . . قُدِّمَ . وهلْ يحلفُ مَنْ خرجتْ لَه القُرعةُ ؟ فيهِ وجهانِ[١] يأتي بيانُهما إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ .

وإنْ كانتا مؤرَّختينِ ، وتاريخُ إحداهُما أَسبَقُ مِنَ الأُخرىٰ . . قُدِّمتِ السابقةُ بالتأْريخِ ؛ لأَنَّه ثبتَ أَنَّه سابقٌ . ويفارقُ إذا ٱدَّعيا مِلكَ عينٍ ، وأَقامَ كلُّ واحدٍ منهُما بيِّنةً ، وتاريخُ إحداهُما أسبقُ ، فإنَّهما سواءٌ في أَحدِ القولينِ ؛ لأَنَّ المِلكَ قدْ ينتقلُ عَنِ الأَسبقِ إلىٰ الأَحدثِ . والملتقِطُ إذا ثبتتْ يدُهُ علىٰ اللَّقيطِ . . لَم يَنتزعْهَ مِنْ يدهِ إلاَّ الحاكمُ ـ إذا تغيَّرَ حالُه ـ ويُقرُّهُ في يدِ آخَرَ ، وذٰلكَ ليسَ بالتقاطٍ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ البيِّنةَ التي تُقبلُ في الالتقاطِ عندَ التداعي إنَّما هيَ شاهدانِ .

فأَمَّا الشاهدُ والمرأَتانِ ، أَوِ الشاهدُ واليمينُ ، أَوِ النساءُ منفرداتٍ . . فإنَّها لاَ تُقبلُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ ليسَ بمالٍ ، ولاَ المقصودُ منهُ المالُ . وهوَ ممَّا يَطَّلعُ عليهِ الرجالُ ، فلَم يُقبلْ فيهِ إلاَّ الشاهدانِ ، كالوصيَّةِ إليهِ .

مسأَلةٌ : [ادعىٰ الملتقط ابناً فيلحقه] :

وإذا ٱلتقطَ رجلٌ لقيطاً ، ثمَّ قالَ الملتقِطُ : هوَ ٱبني . . فإنَّهُ يَلحقُهُ نَسَبُهُ ، ويكونُ ٱبناً لَه .

وحكيَ عَنْ مالكٍ : أَنَّهُ قالَ : (إنْ كانَ قدْ تعسَّرَ[٢] عليهِ الولدُ . . لَم يَثبُتْ نَسَبُهُ منهُ . وإنْ لَم يتعسَّرْ عليهِ الولدُ . . ثبتَ نَسَبُهُ منهُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ[٣] أقرَّ بنسبِ مجهولِ النسبِ[٤] ، ويمكنُ أَنْ يكونَ منهُ ، وليسَ في

---

(١) في (م) : (قولان) .
(٢) تعسر : ضد يُسر ، صعب واشتد والتاث .
(٣) في نسخة : (وإذا ثبت هٰذا فإنه) .
(٤) في (م) : (السبب) .

إقرارِهِ إضرارٌ بغيرهِ ، فقُبِلَ ، كما لَو أَقرَّ لَه بمالٍ ، أَو كما لَو لَم يَتعسَّرْ عليهِ الولدُ .

فقولُنا : (أَقرَّ بنسبِ مجهولِ النسبِ) ٱحترازٌ ممَّنْ أَقرَّ بنسبِ معلومِ النسبِ مِنْ غيرِهِ .

وقولُنا : (ويمكنُ أَنْ يكونَ منهُ) ٱحترازٌ ممَّنْ أَقرَّ ببنوَّةِ مَنْ هوَ أَكبرُ منهُ سناً ، فإِنَّهُ لاَ يُقبلُ ؛ لأَنَّه يُقطعُ بكذبهِ .

وقولُنا : (وليسَ في إِقرارهِ إِضرارٌ بغيرهِ) ٱحترازٌ ممَّنْ أَقرَّ ببنوَّةِ عبدٍ لغيرهِ ، فإِنَّهُ لاَ يقبلُ ؛ لأَنَّه يَضُرُّ بالمولىٰ ؛ لأَنَّه قدْ يُعتِقُهُ فيكونُ ميراثُهُ للأَبِ دونَ المولىٰ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ الشافعيَّ قالَ : (**المستحبُّ** للحاكمِ أَن يسأَلَ الملتقِطَ مِنْ أَينَ صارَ ٱبنَهُ ؛ لئَلاَّ يكونَ ممَّنْ يَعتقدُ أَنَّه يكونُ ٱبناً لَه بالالتقاطِ والتربيةِ . وإِنْ لَم يسأَلْهُ . . جازَ) .

وإِنِ ٱدَّعىٰ غيرُ الملتقِطِ بنوَّةَ اللَّقيطِ . . لحقَهُ نسبُهُ ، وصارَ ٱبناً لَه ؛ للمعنىٰ الذي ذكرناهُ في الملتقِطِ . ويُدفعُ إِلىٰ الأَبِ ؛ لأَنَّه أَحقُّ بحَضانتِهِ مِنْ غيرهِ .

فرعٌ : [ادعاء المسلمِ وغيرِهِ نسبَ لقيط] :

قالَ الشافعيُّ : (ودِعوةُ المسلمِ والعبدِ والذمِّيِّ سواءٌ . غيرَ أَنَّ الذمِّيَّ إِذا ٱدَّعاهُ ، ووَجدَهُ في دارِ الإِسلامِ ، فأَلحقْتُهُ بهِ . . أَحببتُ أَنْ أَجعلَهُ مُسلِماً) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ الدِّعوةَ ـ بكسرِ الدالِ ـ : ٱدِّعاءُ النَّسبِ ، وبضمِّها : الطعامُ الذي يُدعىٰ إِليهِ الناسُ ، وبفتحِها : مصدرُ دعا يَدعو دَعوةً .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ الحرَّ المسلمَ إِذا ٱدَّعىٰ نَسَبَ لقيطٍ . . فإِنَّهُ يُقبلُ ، ويثبتُ نَسَبُهُ منهُ ؛ لما ذكرناهُ ، ويلحقُهُ في الإِسلامِ ؛ لأَنَّه صارَ ٱبناً لَه .

وأَمَّا العبدُ إِذا ٱدَّعىٰ بنوَّةَ لقيطٍ . . **فقدْ نصَّ الشافعيُّ هاهُنا** : (أَنَّهُ يُقبلُ) . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٦٦] : ونصَّ في موضعٍ آخَرَ : (أَنَّهُ لاَ يقبلُ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : تُقبلُ دعوتُهُ ، ويثبتُ النَّسَبُ منهُ ؛ لأَنَّ العبدَ كالحرِّ في جهاتِ ٱستحقاقِ النسبِ مِنَ الوطءِ بالنكاحِ وبالشُّبهةِ . . فكانَ كالحرِّ في دِعوةِ النسبِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : تُقبلُ دِعوتُهُ ، ويثبتُ النَّسَبُ منهُ ؛ لما ذكرناهُ .

والثاني : لاَ تقبلُ دعوتُهُ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ إِبطالَ حقِّ السيِّدِ مِنَ الوَلاءِ عليهِ ؛ لأَنَّه قدْ يُعتقُهُ ويموتُ ، فيكونُ ميراثُهُ لابنهِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : لا تُقبلُ دِعوتُهُ قولاً واحداً ؛ لما ذكرناهُ .

والطريقُ الأَوَّلُ هوَ نقلُ البغداديِّينَ مِن أَصحابِنا ، **وهوَ المشهورُ** .

فعلىٰ هٰذا : لا يُسلَّمُ اللَّقيطُ إِلىٰ أَبيهِ ؛ لأَنَّهُ مشغولٌ بخدمةِ سيِّدهِ ، ولا تجبُ عليهِ نفقتُهُ ؛ لأَنَّهُ مملوكٌ ، ولا تجبُ علىٰ سيِّدهِ ؛ لأَنَّ الولدَ حرٌّ ، فلَمْ تجبْ علىٰ مولىٰ العبدِ نفقتُهُ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ كافرٌ بنوَّةَ اللَّقيطِ ، قُبلتْ دعوتُهُ ، وثبتَ نَسَبُهُ منهُ ؛ لأَنَّه كالمسلِمِ في الجهاتِ التي يَثبتُ منها النَّسَبُ ، مِنَ الوطءِ بالنكاحِ في المِلكِ والشُّبهةِ . . فكانَ كالمسلِمِ في لُحوقِ النَّسَبِ بهِ ، وهلْ يَلْحقُ بهِ في الدِّينِ ؟

قالَ الشافعيُّ هاهُنا : (أَحببتُ أَنْ أَجعلَهُ مسلِماً) **فظاهرُ هٰذا** : أَنَّهُ يكونُ كافراً . وقالَ في (الدعوىٰ والبيِّناتِ) : (أَجعلُهُ مسلِماً) . **فظاهرُ هٰذا** : أَنَّهُ لاَ يكونُ كافراً .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فقالَ أَبو إِسحاقَ : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإِنَّما هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فحيثُ جعلَهُ كافراً . . أَرادَ : إِذا ٱدَّعىٰ نَسَبَهُ وأَقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنةً ؛ لأَنَّه إِذا ثبتَ بالبيِّنةِ أَنَّهُ وُلِدَ علىٰ فراشِ كافرٍ . . كانَ مولوداً بينَ كافرينِ ، فكانَ كافراً .

والموضعُ الذي جعلَهُ مسلماً . . أَرادَ : إِذا ٱدَّعىٰ بُنوَّتَهُ ولَم يُقِمْ بيِّنةً . . فإِنَّهُ يَلحقُهُ نسبُهُ ، ولا يكونُ كافراً ؛ لأَنَّا حَكمْنا بإِسلامهِ بظاهرِ الدارِ . . فلا نحكمُ بكفرهِ بقولِ كافرٍ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : إذا ٱدَّعاهُ وأَقامَ البيِّنةَ . . حُكِمَ بكفرِهِ قولاً واحداً ، كما قالَ أَبو إِسحاقَ . وإِنْ لَمْ يُقِمِ البيِّنةَ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُحكمُ بكفرِهِ ؛ لأَنَّ كلَّ ما أَلحقَهُ بنَسَبِهِ ، أَلحقَهُ بدِينِهِ ، كالبيِّنةِ .

والثاني : لا يحكمُ بكفرِهِ ؛ لأَنَّ إِقرارَهُ تضمَّنَ ما يَنفعُ اللَّقيطَ وهوَ : وجوبُ[١] نفقتِهِ وحَضانتِهِ عليهِ ، وما يضرُّهُ وهوَ : كونُه كافراً ، فقُبِلَ قولُه فيما يَنفعُ اللَّقيطَ دونَ ما يضرُّهُ . ولأَنَّه يجوزُ أَنْ يكونَ ولدَهُ وهوَ مسلِمٌ بإِسلامِ أُمِّهِ ، وإِذا ٱحتملَ هٰذا . . لَم يُحكمْ بكفرِ مَنْ حُكمَ بإِسلامهِ بظاهرِ الدارِ بقولِ كافرٍ .

والصحيحُ : طريقةُ أَبي إِسحاقَ ، **وقدْ نصَّ الشافعيُّ** عليها في « الإِملاءِ » . فكلُّ موضعٍ حكمْنا بكفرِهِ ، فإِنَّ الشافعيَّ قالَ : (أَحببتُ أَنْ أَجعلَهُ مسلِماً) . قالَ أَصحابُنا : أَرادَ : **أَنَّ المستحبَّ** أَنْ لاَ يُدفعُ إِليهِ ؛ لئَلاَّ يفتنَهُ عَنِ الإِسلامِ إِنْ أَرادَهُ ، بلْ يُتركُ في يدِ الملتقِطِ ، ويُؤخذُ الكافرُ بنفقتهِ وأُجرةِ حَضانتهِ إِلىٰ أَنْ يَبلغَ . وإِنْ وَصفَ الإِسلامَ . . حكمْنا بإِسلامهِ مِنَ الآنَ . وإِنْ وَصفَ الكفرَ . . فهوَ كافرٌ لَم يزلْ ، ودفعناهُ إِلىٰ أَبيهِ .

وكلُّ موضعٍ حكمنا بإِسلامهِ . . فلا يجوزُ دفعُهُ إِلىٰ أَبيهِ ، بل يُقرُّ في يدِ الملتقِطِ ويطالَبُ أَبوهُ بنفقتِهِ وأُجرةِ حَضانتهِ إِلىٰ أَنْ يَبلغَ . فإِنْ وَصفَ الإِسلامَ . . حكمنا بأَنَّهُ مسلمٌ لَم يزلْ . وإِنْ وَصفَ الكفرَ . . فهلْ يقرُّ عليهِ ؟ يأْتي بيانُهُ .

مسأَلةٌ : [دِعوة المرأة] :

قالَ الشافعيُّ : (ولا دِعْوةَ للمرأَةِ إِلاَّ ببيِّنةٍ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ المرأَةَ إِذا ٱدَّعتْ بُنوَّةَ اللَّقيطِ . . فهلْ تقبلُ دِعوتُها مِنْ غيرِ بيِّنةٍ ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيها علىٰ ثلاثةِ أَقوالٍ[٢] :

فـ [**الأَوَّلُ**] : منهم مَنْ قالَ : لاَ تُقبلُ دعوَتُها . **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّ الأُمَّ يمكنُها

---

(١) في (م) : (ثبوت) .

(٢) في (م) : (أوجه) .

إقامةُ البيِّنةِ علىٰ أَنَّ الولدَ منها قَطعاً ، فلَم يُقبلْ قولُها بمجرَّدِ الدعوىٰ ، والأَبَ لاَ يمكنُه إقامةُ البيِّنةِ علىٰ أَنَّ الولدَ منهُ قطعاً ، فلذٰلكَ قَبلنا قولَه ، كما نقولُ فيمَنْ علَّقَ طلاقَ ٱمرأَتِه علىٰ وِلادتِها ، أَو علىٰ دخولِ الدارِ ، فإِنَّهُ لاَ يُقبلُ قولُها علىٰ الوِلادةِ والدخولِ إلاَّ ببيِّنةٍ . ولو علَّقَ طلاقَها علىٰ حيضِها . . قُبِلَ قولُها فيهِ مِنْ غيرِ بيِّنةٍ .

و[**الثاني**] : منهُم مَنْ قالَ : تُقبلُ دِعوَتُها بكلِّ حالٍ ؛ لأَنَّها أَحدُ الأَبوينِ . . فقُبِلَ قولُها في إلحاقِ النَّسبِ بها ، كالأَبِ . ولأَنَّ المرأَةَ كالرَّجلِ في الجهاتِ التي يلحقُ منها النَسَبُ ، وتزيدُ عليهِ في أَنَّها يلحقُها وَلدُها الذي زَنتْ بهِ . فإِذا لحقَ الرجلَ النسبُ بالإِقرارِ . . فالمرأَةُ بذٰلكَ أَولىٰ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ كانتْ فِراشاً لزوجٍ أَو سيِّدٍ . . لَم يُلحقِ الولدُ بالزَّوجِ ولا بالسيِّدِ ؛ لأَنَّا إِنَّما أَلحقْناهُ بها لإِقرارِها . ولَم يُوجدْ مِنَ الرَّجلِ إِقرارٌ . وإِنْ كانتْ مملوكةً . . لَم يحكمْ برِقِّهِ ؛ لأَنَّا لاَ نَقبلُ قولَها فيما يضرُّهُ .

و[**الثالثُ**] : منهُم مَنْ قالَ : إِنْ كانتْ فِراشاً لزوجٍ أَو سيِّدٍ . . لَم يلحقْها النَّسَبُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يتضمَّنُ إِلحاقَ النَّسبِ بغيرِها مِنْ غيرِ رضاهُ . وإِنْ كانتْ خاليةً مِنَ الفراشِ . . لحقَها النَّسَبُ ؛ لأَنَّه لاَ يتضمَّنُ إِلحاقَ النَّسَبِ بغيرِها .

مسأَلةٌ : [ادعيا بنوة لقيط] :

إِذا ٱدَّعىٰ رجلانِ بنوَّةَ لقيطٍ . . لَم يُلحقْ بهما . وبهِ قالَ مالكٌ وأَحمدُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يُلحقُ بهما) .

وقالَ المتأَخِّرونَ مِنْ أَصحابِ أَبي حنيفةَ : يجوزُ أَنْ يلحقَ الولدُ بمئة أَبٍ .

دليلُنا : قولُه تعالىٰ : ﴿إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ﴾ [الحجرات : ١٣] .

إِذا ثَبتَ هٰذا : نظرتَ في المتداعِيَينِ : فإِنْ جاءا معاً وٱدَّعيا نَسبهُ ، ولا بيِّنةَ معَ أَحدِهما . . فإِنَّهُ يعرضُ علىٰ القافةِ[١] . فإِنْ أَلْحقَتْهُ بأَحدِهما . . لَحِقَ بهِ . وبهِ قالَ عليٌّ

---

(١) والقيافة ، مأخوذ من قاف أثره ـ من باب قال ـ : إذا اتبعه ، مثل قفا أثره ، والقائف : الذي يعرف الآثار ، يجمع علىٰ القافة مثل كافر وكفرة ، وهو : الذي يتتبع العلامات والأمارات=

وأَنسٌ[١] ، وإِحدىٰ الروايتينِ عَنْ عمرَ[٢] . وبهِ قالَ عطاءُ والأَوزاعيُّ ومالكٌ وأَحمدُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا أُريهِ القافَةَ ، وأُلحقهُ بهما) .

دليلُنا : ما روىٰ الشافعيُّ عَنْ سفيانَ عَنِ الزُّهريِّ عَنْ عروةَ عَنْ عائشةَ قالتْ : دخلَ عليَّ رسولُ اللهِ ﷺ أَعرفُ السرورَ في وَجههِ ، فقالَ : « أَيْ عَائِشَةُ : أَلَمْ تَرَيْ إِلىٰ مُجَزِّزٍ المُدْلِجيّ : نظرَ إِلىٰ أَسامةَ وزيدٍ عليهما قطيفةٌ ، وقدْ غطَّيا رؤوسَهُما وبدَتْ أَقدامُهما فقالَ : إِنَّ هٰذِهِ الأَقدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ »[٣] . ولَو لَمْ يكنْ ذٰلكَ حقّاً وصواباً . . لمَا سُرَّ بهِ رسولُ اللهِ ﷺ .

ورويَ : (أَنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ : دعا قائِفاً في رَجلينِ تداعيا ولداً ، فقالَ : لقدِ ٱشتركا فيهِ ، فقالَ : وَالِ أَيَّهمُا شئتَ)[٤] .

= الموجودة بشخصين أو أكثر ليحكم بوجود صلة بينهما بشبهة ونحوها من أب أو أخ فيلحق النسب بينهما ، والله أعلم .

(١) أخرج خبر أنس الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٩٨) وفيه : (أنه شك في ابن له فدعا له القافة) .

(٢) أخرج خبر عمر رضي الله عنه الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٩٩) في النسب ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٣٤٧٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(١٠/ ٢٦٣) في الدعوىٰ والبينات وفيه : (هٰذا أمر لا أقضي فيه شيئاً ، ثم قال للغلام : اجعل نفسك حيث شئت) ، ورواه عنه أيضاً عبد الرزاق في « المصنف » (١٣٤٧٥) بلفظ : (أن رجلين ادعيا ولداً فدعا عمر القافة واقتدىٰ في ذٰلك ببصر القافة ، وألحقه أحد الرجلين) . وسيأتي نحوه .

(٣) أخرجه من طرق عن عائشة البخاري (٦٧٧٠) في الفرائض ، باب : القائف ، وبنحوه رواه مختصراً (٣٧٣١) في الفضائل ، ومسلم (١٤٥٩) في الرضاع ، باب : العمل بإلحاق القائف الولد ، وأبو داود (٢٢٦٧) و(٢٢٦٨) في الطلاق ، والترمذي (٢١٣٠) في الولاء والهبة ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٤٩٣) و(٣٤٩٤) وفي « الكبرىٰ » (٥٦٨٧) و(٥٦٨٨) في الطلاق ، وابن ماجه (٢٣٤٩) في الأحكام ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٤٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢٦٢) في الدعوىٰ والبينات . ومن ألفاظه . « يا عائشة ألم تري » و : « ألم تري أن مجزِّزاً . . . » و : « ألم تري يا عائشة » و : « تبسم رسول الله ﷺ وأعجبه ذٰلك » قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٩٩) : فدل علىٰ اعتبار قول القائف في ذٰلك . . . وقد تكلم بعض من لا يعلم في ذٰلك ، فلما قال مجزز ذٰلك فرح النبي ﷺ .

(٤) أخرج خبر عمر من طريقين مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٤٠) ، ومن طريقه الشافعي في « ترتيب=

وإنْ سَبَقَ أَحدُهما بالدعوىٰ ، أَوِ ٱدَّعياهُ معاً ، وكانَ في يدِ أَحدِهما . . فهلْ يُقدَّمُ السابقُ بالدَّعوىٰ أَو صاحبُ اليدِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ اللَّبَّانِ :

أَحدُهما : يقدَّمُ السابقُ بالدَّعوىٰ ، وصاحبُ اليد لا مزيَّةَ له بذلكَ .

فعلىٰ هٰذا : لَو كانَ في يدِ أَحدِهما ، فسبقَ أَحدُهما بدعواهُ ، ثمَّ ٱدَّعاهُ صاحبُ اليدِ . . قُدِّمَ السابقُ بالدَّعوىٰ ؛ لأَنَّه قد حُكمَ بثبوتِ نَسَبِهِ مِنَ الأَوَّلِ .

والوجهُ الثاني : أَنَّه لا يُقدَّمُ السابقُ بالدعوىٰ ولا صاحبُ اليدِ . بل يُعرضُ علىٰ القافةِ ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لأَنَّ وَلدَ الإنسانِ قد يكونُ في يدِ غيرِهِ . ولأَنَّ اليدَ إِنَّما تَدلُّ علىٰ المِلكِ لاَ علىٰ النَّسبِ . وأَمَّا السبقُ بالدعوىٰ : فإِنَّهُ إذا لَم يُقدَّمْ بهِ في المِلكِ . . ففي النسبِ أَولىٰ . فإِنْ علمَ أَنَّ أَحدَهما قد سبقَ بالدعوىٰ وأَشكلَ عليه[1] ، وقلنا : يقدَّمُ السابقُ بالدعوىٰ . . ففيهِ وجهانِ[2] خرَّجهما ٱبنُ اللبَّانِ :

أَحدُهما : يكونُ كما لوِ ٱدَّعياهُ معاً . فيُعرضُ علىٰ القافةِ ؛ لأَنَّه لَم يثبتِ السابقُ .

والثاني : لا يُعرضُ علىٰ القافةِ ، بلْ يوقَفُ أَبداً ؛ لأَنَّه يُرجىٰ معرفةُ السابقِ بقيامِ البيِّنةِ[3] .

فرعٌ : [ادعيا نسباً له فترجحه القافة] :

إِذا ٱدَّعىٰ رجلٌ نسبَ لقيطٍ . . لحقَ بهِ . فلَو جاءَ آخرُ بعدَهُ وٱدَّعىٰ نسبَهُ ولاَ بيِّنةَ ، وقلنا : لاَ يقدَّمُ السابقُ بالدَّعوىٰ . . فإِنَّهُ يُعرضُ علىٰ القافةِ ، وفي كيفيَّةِ عَرْضِهِ علىٰ القافةِ وَجهانِ :

= المسند » (٢/ ١٠٠) (١٠١) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(١٠/ ٢٦٣) في الدعوىٰ والبينات وفي الباب عنه وقد سلف .

وقد روىٰ عن الزهري نحو خبر عمر عبد الرزاق في « المصنف » (١٣٤٨٠) وفيه : أن رجلاً وقع علىٰ أمته في عدتها من زوجها فقال : يدعىٰ لها القائف فإن عمر بن الخطاب ومن بعده قد أخذوا بنظر القافة في مثل هٰذا .

(١) في نسخة : (عينه) .

(٢) في نسخة : (قولان) .

(٣) قال النواوي في « روضة الطالبين » (٤/ ٥٠٦ ـ ٥٠٧) : ولو ألحقه القائف بأحدهما ، وأقام الآخر بينة ، قدمت البينة ؛ لأنها حجة في كل خصومة .

أَحدُهما ـ وهوَ المشهورُ ـ : أَنَّهُ يُعرضُ معَ الثاني وَحدَهُ ، فإِنْ لَم تُلحِقْهُ بالثاني ، أَو نَفتْهُ عنهُ . . لَحقَ بالأَوَّلِ بدعوتهِ الأُولىٰ . وإِنْ أَلحقَتْهُ بالثاني . . عُرضَ أَيضاً معَ الأَوَّلِ ، فإِنْ لَم تُلحقْهُ بالأَوَّلِ ، أَو نَفَتْهُ عنهُ . . لَحِقَ بالثاني وانْتُزِعَ مِنْ يدِ الأَوَّلِ . وإِنْ أَلحقتْهُ بالأَوَّلِ . . لَم يثبتْ نَسَبُهُ مِنْ أَحدِهما ، وتُرِكَ حتَّىٰ يبلغَ ، ويَنتسبَ إِلىٰ أَحدِهما .

وحكىٰ ابنُ سريجٍ عَنْ بعضِ أَصحابِنا : أَنَّهُ يُلحقُ بهما . وليسَ بشيءٍ .

والوجهُ الثاني : أَنَّ الولدَ يُعرضُ معَ الأَوَّلِ والثاني معاً ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يجوزُ أَنْ يكونَ أَباً ، **والأَوَّلُ أَصحُّ** ؛ لأَنَّه قدْ ثبتَ نَسَبُهُ مِنَ الأَوَّلِ بدعوتَهِ السابقةِ .

وأَمَّا إِذا جاءا معاً وادَّعيا نَسَبَهُ : فإِنَّهُ يُعرضُ معَهما علىٰ القافةِ ؛ لأَنَّه لا مزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخرِ ، فإِنْ أَلحقتْهُ بأَحدِهما . . لَحقَ بهِ ، وانْتفىٰ عَنِ الآخرِ . وإِنْ أَلحقتْهُ بهما . . لَم يلحقْ بهما ، وتُرِكَ حتَّىٰ يَبلُغَ ويَنتَسبَ إِلىٰ أَحدِهما .

وقالَ بعضُ أَصحابِنا : يلحقُ بهما ، وهوَ قولُ أَحمدَ ، وليسَ بشيءٍ ؛ لمَا ذكرناهُ مِنْ حديثِ عمرَ ؛ لأَنَّه لاَ يجوزُ أَنْ يكونَ ابنَهُما . وهٰكذا إِنْ نَفَتْهُ القافةُ عنهُما ، أَو لَم يكنْ هناكَ قافةٌ ، أَو كانتْ وأَشكلَ عليها الأَمرُ . . فإِنَّهُ يُتركُ حتَّىٰ يَبلُغَ ، أَو يقالُ لَه : انْتسبْ إِلىٰ مَنْ يميلُ إِليهِ طبعُكَ ؛ لحديثِ عمرَ ، ولأَنَّ الولدَ يميلُ طبعُهُ إِلىٰ مَنْ هوَ منهُ .

فإِنِ انْتسبَ إِلىٰ أَحدِهما ، ثمَّ قالَ بعدَ ذٰلكَ : أَخطأْتُ ، وإِنَّما أَنا ابنُ الآخرِ . . لَمْ يُقبلْ قولُه . وهٰكذا لو أَلحقتْهُ القافةُ بأَحدِهما ، ثمَّ قالتْ : أَخطأْتُ ، وإِنَّما هوَ ابنُ الآخرِ . . لَم يقبلْ قولُها ؛ لأَنَّه قد ثبتَ نَسَبُهُ مِنَ الأَوَّلِ بقولِها ، فلا يسقطُ بقولِها ، كما لوِ ادَّعىٰ رجلانِ عيناً ، فشهدَ لأَحدِهما بها شاهدانِ ، وحكمَ بشهادتِهما ، ثمَّ قالا : أَخطأْنا ، وإِنَّما هيَ ملكُ الآخرِ . . فإِنَّهُ لاَ يحكمُ بها للثاني .

وهلْ يصحُّ أَنْ يَنتسِبَ إِلىٰ أَحدِهما إِذا صارَ مميِّزاً قبلَ أَنْ يَبلغَ ؟ فيهِ قولانِ[1] :

أَحدُهما : يصحُّ ، كما يصحُّ أَنْ يختارَ الولدُ الكونَ معَ أَحدِ الأَبوينِ إِذا صارَ مميِّزاً ، وإِنْ لَم يبلغْ .

---

(١) في (م) : (وجهان) .

والثاني : لا يصحُّ ؛ لأَنَّ قولَه يثبتُ بهِ النَّسَبُ وتلزمُ بهِ الأحكامُ ، فلَم يصحَّ مِنَ الصبيِّ بخلافِ الكونِ معَ أَحدِ الأَبوينِ . . فإِنَّهُ غيرُ لازمٍ .

وأَمَّا إِذا كانَ هناكَ بيِّنةٌ ، فإِنْ كانتْ معَ أَحدِهما دونَ الآخرِ . . حُكِمَ لصاحبِ البيِّنةِ ؛ لأَنَّ البيِّنةَ أَقوىٰ مِنَ الدَّعوىٰ ، كما قُلنا في المِلكِ . وإِنْ كانَ معَ كلِّ وَاحدٍ منهُما بيِّنةٌ . . تعارضَتَا . وفي البيِّنَتَيْنِ إِذا تعارضتا قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّهما تَسقطانِ . **وهوَ الصحيحُ** .

فعلىٰ هٰذا : يكونُ كما لَو لَم يكنْ هناكَ بيِّنةٌ ، فيعرضُ علىٰ القافةِ .

والثاني : أَنَّهما تُستعملانِ ، وفي الاستعمالِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : القسمةُ . **والثاني** : الوقفُ . **والثالثُ** : القُرعةُ .

ولا تجيءُ هاهُنا القسمةُ ولا الوقفُ ؛ لأَنَّ القسمةَ لا تمكنُ ، والوقفَ يضرُّ باللقيطِ . وهلْ تجيءُ هاهُنا القُرعةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**الوجهُ الأَوَّلُ**] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يُقرعُ بينهُما . فمَنْ خرجتْ لَه القُرعةُ . . حكمَ لَه بالنَّسبِ ، وهلْ يحلِفُ مَنْ خرجتْ لَه القُرعةُ ؟ فيهِ قولانِ يأْتي بيانُهما .

و[**الثاني**] : قالَ القاضي أَبو الطَّيِّبِ : لاَ يُقرعُ بينهُما ؛ لأَنَّ القُرعةَ لاَ مدخلَ لها في النَّسبِ . وإِنَّما يُعرضُ علىٰ القافةِ . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : **وهٰذا أَقيسُ** .

فإِنِ ٱدَّعىٰ الملتقِطُ نَسَبَ اللَّقيطِ . . ثبتَ نَسَبُهُ منهُ . فإِنْ جاءَ آخَرُ وٱدَّعىٰ أَنَّهُ ٱبنُهُ ، فإِنْ أَقامَ الثاني بيِّنةً ، ولا بيِّنةَ معَ الملتقِطِ . . لحِقَ النَّسبُ بالثاني ؛ لأَنَّ البيِّنةَ أَقوىٰ مِنَ الدَّعوىٰ واليدِ . وإِنْ أَقامَ الأَوَّلُ بيِّنةً أَيضاً . . تعارضتِ البيِّنتانِ ، وكانَ الحكمُ فيهِ ما مضىٰ في تعارضِ البيِّنتينِ .

فإِنْ قيلَ : هلاَّ قدَّمْتُم بيِّنةَ الملتقِطِ كما قدَّمتُم بيِّنةَ صاحبِ اليدِ في المِلكِ ؟

قُلنا : لا نقولُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ اليدَ لاَ تدلُّ علىٰ الأَنسابِ ، وإِنَّما تدلُّ علىٰ الأَملاكِ ، ولأَنَّ المِلكَ قدْ يحصلُ باليدِ ـ وهوَ : الاصطيادُ والاغتنامُ ـ والنَّسَبَ لا يحصلُ باليدِ بحالٍ .

فرعٌ : [ذكر علامة من أحدهما لا تقدِّمه] :

وإنِ ٱدَّعىٰ رجلانِ نَسَبَ لقيطٍ ، وذكرَ أَحدُهما في اللَّقيطِ علامةً ، مِنْ خالٍ[1] في بدنِهِ ، أَو شامةٍ[2] ، وما أَشبهَ ذٰلكَ ، ولم يذكرِ الآخَرُ ذٰلكَ . . لَم يقدَّمِ الواصفُ له بذٰلكَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يقدَّمُ الواصفُ له بذٰلكَ) .

دليلُنا : أَنَّ معرفةَ العلامةِ هوَ وصفٌ للمدَّعَىٰ ، والمدَّعي لا يقدَّمُ بوصفِ ما ٱدَّعاهُ ، كما لوِ ٱدَّعيا ملكَ عينٍ ووَصفَها أَحدُهما .

وإنِ ٱدَّعىٰ حرٌّ وعبدٌ نسبَ لقيطٍ ، أَو مسلِمٌ وكافرٌ[3] . . لَم يقدَّم أَحدُهما علىٰ الآخَرِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يقدَّمُ الحرُّ علىٰ العبدِ ، والمسلِمُ علىٰ الكافرِ) .

ودليلُنا : أَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما لوِ ٱنفردَ بالدَّعوىٰ . . قُبلَتْ دَعواهُ[4] ، فإذا ٱجتمعا . . تساويا ، كالحُرَّينِ المسلِمَينِ .

فرعٌ : [ادعتا ولادة لقيط] :

وإنِ ٱدَّعتِ ٱمرأَتانِ وِلادةَ لَقيطٍ ، ولا بيِّنةَ لواحدةٍ منهُما :

فإن قُلنا : لا تُقبلُ دعوىٰ المرأَةِ في النَّسبِ بكلِّ حالٍ . . لَم تقبلْ دعوىٰ وَاحدةٍ منهُما .

وإنْ قُلنا : تُقبلُ دِعوَتُها إذا لَم تكنْ فِراشاً ، ولا تُقبلُ إذا كانتْ فِراشاً ، فإنْ كانتا

---

(١) **الخال** : نكتة سوداء تكون في نحو وجه الإنسان كالشامة الكبيرة ، وقد يكون عليها شعرات .
(٢) **الشامة ـ تجمع على شام ـ** : علامة في البدن يخالف لونها لون البشرة .
(٣) سلف نحوه قبلُ في فرع : إدعاءُ المسلم وغيره نسب لقيط .
(٤) في (م) : (دِعوته) .

فِراشينِ لرجلينِ . . لَم تقبلْ دِعوَتُهما . وإِنْ كانتْ إِحداهُما فِراشاً دونَ الأُخرىٰ . . قُدِّمتْ دِعوةُ مَنْ ليستْ بِفِراشٍ .

وإِنْ كانتا ليستا بِفِراشٍ ، أَو قُلنا : تُقبلُ دِعوةُ المرأَةِ بكلِّ حالٍ . . فهلْ تُعرَضانِ علىٰ القافةِ معَ الولدِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

أَحدُهما : لا يُعرضانِ ؛ لأَنَّ الأُمَّ يمكنُ معرفتُها يقيناً مِنْ طريقِ المشاهدةِ[1] ، فلَم يُرجعْ فيهِ إِلىٰ القافةِ .

والثاني : أَنَّهما تُعرضانِ معَ الولدِ علىٰ القافةِ ، ولَم يذكرِ ٱبنُ الصبَّاغِ غيرَهُ ؛ لأَنَّهما أَحدُ الأَبوينِ ، فعُرِضَتا معَ الولدِ علىٰ القافةِ ، كالرجلينِ .

وإِنْ أَقامتْ إِحداهُما بيِّنةً بالولادةِ : رجلينِ ، أَو رجلاً وٱمرأَتينِ ، أَو أَربعَ نِسوةٍ . . حُكِمَ بثبوتِ النسبِ مِنْها ؛ لأَنَّ البيِّنةَ أَقوىٰ مِنَ الدَّعوىٰ . فإِنْ كانتْ فِراشاً لزوجٍ أَو سيِّدٍ . . لحقَ بهِ الولدُ ؛ لأَنَّ البيِّنةَ قد شهدتْ بوِلادتِها لَه ، فلحقَ صاحبَ الفراشِ ، ويخالفُ إِذا أَلحقناهُ بها بإِقرارِها ؛ لأَنَّا لاَ نُلحِقُهُ بغيرِ المقرِّ .

وإِنْ أَقامتْ كلُّ واحدةٍ منهُما بيِّنةً بالوِلادةِ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّهما تَسقطانِ . . كانَ كما لَو لَم تكنْ بيِّنةٌ ، وقد مضىٰ . وإِنْ قُلنا : تُستعملانِ . . فلا يجيءُ الوقفُ ولا القسمةُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ وٱبنُ الصبَّاغِ : ولا تجيءُ هاهُنا القُرعةُ ؛ لأَنَّ مَعَنا ما هوَ أَقوىٰ مِنَ القُرعةِ وهوَ القافةُ ، فنعرِضُهُ عليها ، فإِنْ أَلحقَتْهُ بإِحداهُما . . قوَّيْنا بيِّنتَها بذٰلكَ ، وأَلحقْناهُ بها وبزوجِها ، ولا ينتفي عنهُ إِلاَّ باللِّعانِ . وإِنْ أَلحقتْهُ القافةُ بِها ، أَو نفتْهُ

---

(١) في نسخة : (الشهادة) . فائدة في الباب :
روىٰ عن أبي هريرة البخاري (٦٧٦٩) في الفرائض ، ومسلم (١٧٢٠) في الأقضية عن النبي ﷺ قال : « بينما امرأتان من بني اسرائيل معهما ابناهما ، عدا الذئب فأخذ ابن إحداهما فتنازعتا في ابن الأخرىٰ ، فاختصمتا إلىٰ داود عليهِ السلام ، فحكم به للكبرىٰ ، فمرتا علىٰ سليمان ، فسألهما ، فذكرتا له ، فقال : ائتوني بالسكين أشقه بينكما ، فقالت الصغرىٰ : لا تفعل يرحمك الله ، وهو ولدها ، فحكم به لها » .
في الحديث : دليل علىٰ صحة دعوىٰ المرأة الولد وقبولها .

عنهُما ، أَو أَشكلَ عليها الأَمرُ ، أَو لَم يكنْ قافةٌ . . تُرِكَ الولدُ حتَّىٰ يبلغَ ويَنتسِبَ إِلىٰ إِحداهُما ، وتكونُ نفقتُهُ عليهما .

فإذا آنتسبَ إِلىٰ إِحداهُما . . رجَّحْنا بهِ بيِّنتَها ، ولحقَها ولحقَ زوجَها ، وآنتفىٰ عنهُ باللِّعانِ .

فإِنْ ماتتْ إِحدىٰ المرأَتين ، أَو ماتَ زوجُها قبلَ بلوغِ اللَّقيطِ . . عُزِلَ مِنْ ميراثِ الميتِ ميراثُ آبنٍ . فإِنْ بلغَ وآنتسبَ إِلىٰ الميتةِ . . أَخذَ ما عُزِلَ لَه مِنْ ميراثِها ، أَو مِنْ ميراثِ زوجِها .

وإِنِ آنتسبَ إِلىٰ الحيَّةِ . . رُدَّ المعزولُ علىٰ وَرثةِ الميتةِ .

فرعٌ : [آدعاء رجل وامرأة لقيطاً] :

ذكرَ الطبريُّ : إِذا آجتمعَ رجلٌ وآمرأَةٌ ، وللرجلِ زوجةٌ غيرُ هٰذهِ المرأَةِ ، وللمرأَةِ زوجٌ غيرُ هٰذا الرجلِ . فآدَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهُما بنوَّةَ اللقيطِ ، وأَقامَ كلُّ واحدٍ منهُما بيِّنةً . . قالَ أَبو العبَّاسِ ابنُ سريجٍ : ففيهِ أَربعةُ أَقوالٍ(١) :

أَحدُها : أَنَّ بيِّنةَ الرجلِ أَولىٰ ؛ لأَنَّا لَو أَلحقناهُ بالمرأَةِ . . لالتحقَ بزوجِها مِنْ غيرِ أَنْ يدَّعيَهُ .

والثاني : أَنَّ بيِّنةَ المرأَةِ أَولىٰ ؛ لأَنَّ خروجَ الولدِ منها يُعرفُ بالمشاهدةِ والقطعِ ، وخروجَ الولدِ مِنَ الزوجِ لاَ يُعلمُ إِلاَّ بغلبةِ الظنِّ .

والثالثُ : أَنَّهما يتعارضانِ ؛ لأَنَّه ليسَ إِحداهُما بأَولىٰ مِنَ الأُخرىٰ .

والرابعُ : أَنَّه يُعرضُ معَهما علىٰ القافةِ .

مسأَلةٌ : [آشتركا بوطء وجاء ولد] :

إِذا آشتركَ رجلانِ في وطءِ آمرأَةٍ ، وأَتتْ بولدٍ يمكنُ أَنْ يكونَ مِنْ كلِّ واحدٍ منهُما ، وآدَّعىٰ أَحدُهما أَنَّه آبنُهُ وصادقَهُ الآخَرُ . . ففيهِ قولانِ حكاهُما الطبريُّ :

---

(١) في (م) : (أوجه) .

أَحدُهما : أَنَّه يُحكمُ بأَنَّه ٱبنٌ للمدَّعي ، كما لَو كانَ في يدِهما عينٌ فٱدَّعىٰ أَحدُهما مِلكَها ، وصادقَهُ الآخَرُ .

والثاني : أَنَّه لاَ ينتفي عَنِ الآخَرِ بالمصادقَةِ ؛ لأَنَّه قدْ وُجدَ منهُ الوَطءُ ، ويجوزُ أَنْ يكونَ ٱبنَهُ . . فلا ينتفي عنهُ بالإِنكارِ ، كما لَو وطىءَ ٱمرأَةً وٱنفردَ بوطئِها ، فأَتتْ بولدٍ يمكنُ أَنْ يكونَ منهُ ، وتصادقَ الرجلُ والمرأَةُ أَنَّه ليسَ بٱبنِهِ . **فعلىٰ هٰذا** : يُعرضُ معَهما علىٰ القافةِ .

مسأَلةٌ : [ٱعتبار قول قائف] :

وهلْ يصحُّ أَنْ يُحكمَ بقولِ قائفٍ وَاحدٍ ؟ فيهِ قولانِ[1] :

أَحدُهما : يصحُّ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ إِنَّما سُرَّ[2] بقولِ مُجَزِّزٍ المدلجيِّ وَحدَهُ . ولأَنَّه مجتهدٌ . . فقُبِلَ فيهِ قولُ الوَاحدِ ، كالقاضي .

والثاني : لا يصحُّ إِلاَّ بقولِ ٱثنينِ ؛ لأَنَّه حكمٌ بالشبَهِ[3] في الخِلقةِ . . فلَمْ يقبَل إِلا مِن ٱثنينِ ، كالحكمِ في المِثْلِ في جزاءِ الصيدِ .

وهلْ يصحُّ أَنْ يكونَ القائِفُ ٱمرأَةً ؟ فيهِ قولانِ[4] حكاهُما القاضي أَبو الطيِّبِ :

أَحدُهما : لاَ يصحُّ ؛ لأَنَّ القائِفَ يجري مَجرىٰ الحاكمِ ، والمرأَةُ لا يصحُّ أَنْ تكونَ حاكماً .

والثاني : يصحُّ ؛ لأَنَّ قولَ القائفِ يجري مَجرىٰ الشهادةِ ، وقولُ المرأَةِ يُقبلُ في النَّسبِ وهوَ الشهادةُ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وهٰذا ضعيفٌ ؛ لأَنَّ شهادتَها لا تُقبلُ في النَّسبِ ، وإِنَّما تقبلُ في الولادةِ .

---

(١) في (م) : (وجهان) .
(٢) في (م) : (عمل) .
(٣) في (م) : (يديه) ، ولعلها تصحفت عن : بدَنِهِ ، أو بدية ، والله أعلم .
(٤) في (م) : (وجهان) وكذا في المواضع الآتية أيضاً .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٦٨] : وهلْ يصحُّ أَنْ يكونَ القائِفُ عبداً ؟ فيهِ قولانِ بناءً علىٰ أَنَّ القيافَةَ حكمٌ أَو شهادةٌ ، فإِنْ قُلنا : حكمٌ. . لَمْ يصحَّ . وإِنْ قُلنا : شهادةٌ. . صحَّ . قلتُ : هٰذا ضعيفٌ ؛ لأَنَّ العبدَ لا يصحُّ أَنْ يكونَ شاهداً بحالٍ .

وهلْ يصحُّ أَنْ يكونَ القائِفُ مِنْ غيرِ بني مُدْلجٍ ؟ فيهِ قولانِ[1] :

أَحدُهما : لا يصحُّ ؛ لـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ إِنَّما سُرَّ بقولِ مجزِّزٍ المُدلجيِّ) . ولأَنَّ القيافةَ في طباعِ بني مدلجٍ من كِنانةَ ، فلَم يصحَّ مِنْ غيرِهم .

والثاني : يصحُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّه عِلمٌ يُتعلَّمُ ويُتعاطىٰ فلم تختصَّ بهِ قبيلةٌ بعينِها ، كالعلمِ بالأَحكامِ .

وأَمَّا الخبرُ : فلا يدلُّ علىٰ أَنَّه يختصُّ ببني مدلج ، ولَو كانَ كذٰلكَ ، لاختصَّت القيافةُ بمجزِّزٍ المدلجيِّ وَحدَهُ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ إِنَّما سُرَّ بقولِهِ[2] .

فرعٌ : [عدالة القائف] :

ولا يُحكمُ بقولِ القائِفِ حتَّىٰ يكونَ عَدْلاً ؛ لأَنَّ الحكمَ والشهادةَ لا تصحُّ إِلاَّ مِنْ عَدْلٍ . ولا يصحُّ الحكمُ بقولهِ حتَّىٰ يكونَ حاذِقاً في القيافةِ ، مجرَّباً ، كما لا يُقبلُ الحكمُ إِلاَّ ممَّنْ عُرِفَ حِذقُهُ في الحكمِ .

قالَ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : ومعرفةُ حِذْقِهِ في ذٰلكَ : بأَنْ يُرىٰ صبيّاً ثابتَ النَّسبِ مِنْ رجلٍ بعينهِ ، لا يعرفُ القائِفُ أَباهُ ، معَ جماعةٍ ليسَ فيهِم أَبوهُ ، فيقالُ : أَيُّهم أَبوهُ منهُم ؟ فإِنْ قالَ : ليسَ فيهِم أَبوهُ. . أُريَ الصبيَّ معَ جماعةِ رجالٍ فيهِم أَبوهُ ، فيقالُ : أَيُّهم أَبوهُ منهُم ؟ فإِذا أَخبرَنا بأَبيه منهُم . . عُلمَ صدقُهُ[3] .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٦٨] : معرفةُ حِذقِهِ : بأَنْ يؤتَىٰ بالولدِ ونسوةٍ

---

(١) في (م) : (وجهان) .
(٢) جاء في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢٦٣) في الدعوىٰ والبينات : أن القيافة كانت في بني أسد وخزاعة وبني المصطلق ، فلا تختص بهم إذن ، والله أعلم .
(٣) صدقه : أي خبرته ومعرفته .

فيهنَّ أُمُّهُ ، فيقالُ : أَيَّتُهُنَّ أُمُّهُ منهنَّ ؟ فإِنْ أَصابَها . . عُلِمَ صِدقُهُ ؛ لأَنَّ كونَ الولدِ منها معلومٌ قطعاً ، بخلافِ الأَبِ .

قالَ المحامليُّ : وأَصحابُنا أَطلقَوا ذٰلكَ ، ولَم يَذكُروا تَكرُّرَ ذٰلكَ منهُ .

والأَشبهُ بالمذهبِ : أَنَّه يحتاجُ إِلىٰ أَنْ يتكرَّرَ ذٰلكَ منهُ ثلاثَ مرّاتٍ ؛ لأَنَّه قد يتَّفقُ منهُ ذٰلكَ مرَّةً أَو مرَّتينِ . فإِذا تكرَّرَ منهُ ثلاثَ مرّاتٍ . . عُلِمَ أَنَّهُ مِنْ أَهلِ الصنعةِ[1] بذٰلكَ .

فرعٌ : [كيف يُلحِق القائف ؟] :

والأَشباهُ التي يُلحِقُ بها القائف نوعانِ[2] : ظاهرةٌ وخفيَّةٌ :

فـ(الظاهرةُ) : كالسَّوادِ والبياضِ وما أَشبهَهما مِمَّا يَشتركُ في معرفتِها الخاصُّ والعامُّ .

و(الخفيَّةُ) : هيَ الشَبَهُ بالأَطرافِ ، كالأَيدي والأَرجل . فهٰذا يختصُّ بمعرفتِهِ القافةُ .

فإِنْ تنازعَ رجلانِ في نسبِ صبيٍّ ، وكانَ يشبهُ أَحدَهُما بالأَشباهِ الظاهرةِ ، ويُشبهُ الآخَرَ بالأَشباهِ الخفيَّةِ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُلحَقُ بمَنْ يُشبِهُهُ بالأَشباهِ الظاهرةِ ؛ لأَنَّ الأَشباهَ الظاهرةَ كالنصِّ ، والأَشباهَ الخفيَّةَ كالقياسِ ، والنصُّ مقدَّمٌ علىٰ القياسِ .

والثاني : يُلحقُ بمَنْ يُشبِهُهُ بالأَشباهِ الخفيَّةِ ؛ لأَنَّ الأَشباهَ الظاهرةَ كالعمومِ والخفيَّةَ كالخاصِّ والخاصُّ مقدَّمٌ علىٰ العمومِ . ولأَنَّ الظاهرةَ معرفةُ العامَّةِ ، والخفيَّةَ معرفةُ الخاصَّةِ ، والخاصَّةُ مقدَّمةٌ علىٰ العامَّةِ .

---

(١) **الصنعة** : أي إتقان الحرفة باستنباط الشبه وإلحاق النسب .

(٢) في (م) : (ضربان) وهما بمعنىً .

فرعٌ : [اختلف قول القافة] :

فإنْ أَلحقَتْهُ القافةُ بأَحدِهما ، ثمَّ جاءَ الآخَرُ بقافةٍ أُخرىٰ وأَلحقَتْهُ بالثاني . . لَم يُلحقْ بالثاني ؛ لأَنَّ القائفَ كالحاكمِ ، ولَو حكمَ حاكمٌ بعينٍ لرجلٍ . . لَم يُحكمْ بها لآخَرَ بِحُكْمِ حاكِمٍ آخَرَ .

وهٰكذا : لو قالَ القائفُ ـ بعدَ أَنْ أَلحقَهُ بأَحدِهما ـ : أَخطأَتُ ، وإِنَّما هو ٱبنُ الآخَرِ . . لَم يُقبلْ قولُه ، كما لَو حكمَ الحاكمُ بعينٍ لرجلٍ ، ثمَّ تغيَّرَ ٱجتهادُهُ . . فإِنَّهُ لا ينقضُ .

فرعٌ : [عرض الميت علىٰ القافة] :

وإِنْ ماتَ الولدُ قبلَ أَنْ يُعرضَ علىٰ القافةِ . . فهلْ يُعرضُ قبلَ الدفنِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يُعرضُ ؛ لأَنَّ التمييزَ قدْ يقعُ بالأَشباهِ الغامضةِ ، وذٰلكَ ينقطعُ بالموتِ ، وإِنَّما تبقىٰ الأَشباهُ الظاهرةُ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ، **وهوَ المشهورُ** ـ : أَنَّهُ يُعرضُ ؛ لأَنَّ إِلحاقَهُ بالشبَهِ ، وذٰلكَ مُمْكِنٌ بعدَ الموتِ .

فإِنْ قُلنا : لا يجوزُ أَنْ يُعرضَ الميتُ ، أَو كانَ قدْ دُفِنَ وتغيَّرَ ، ولَه وَلدٌ . . فإِنَّهُ يُعرضُ علىٰ القافةِ ، ويقومُ مقامَهُ في الانتسابِ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٦٦] : وإِنْ أَلقتْ سِقطاً ، فإِنْ كانَ قدْ تخطَّطَ . . فإِنَّهُ يُرىٰ القافةَ ، وإِنْ لَم يتخطَّطْ . . لَم يُرَ القافةَ .

وإِنْ ماتَ الأَبوانِ أَو أَحدُهما ، وقُلنا : لا يجوزُ عَرْضُ الميتِ ، أَو كانا قدْ دُفِنا . . قالَ ٱبنُ اللَّبَّانِ : فإِنَّ عَصَبةَ الميتِ وقرابتَهُ تُعْرضُ علىٰ القافةِ ، مثلُ أَبي الميتِ وإِخوَتِهِ وأَخواتِهِ وأَعمامِهِ وعمَّاتِهِ وسائرِ أَولادِ آباءِ الميتِ الذكورِ والإِناثِ ؛ لقولهِ ﷺ : « لَعَلَّ عِرْقاً نَزَعَهُ »[1] .

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (٥٣٠٥) في الطلاق وطرفاه (٦٨٤٧) في الحدود و(٧٣١٤)=

فرعٌ : [ادعاء غائب نسب مجهول] :

إذا قَدِمَ رجلٌ مِنْ أرضِ الأعاجمِ كالتُّركِ والهندِ ، فٱدَّعىٰ نسبَ رجلٍ مجهولِ النَّسبِ ، وصادَقَهُ المجهولُ ـ إنْ كانَ بالغاً عاقلاً ـ ، فإنْ كانَ لَم يَثبتْ على المجهولِ وَلاءٌ لغيرِهِ . . قُبلتْ دَعواهُ[1] ، وثبتَ نَسَبُهُ منهُ ؛ لأنَّه لا ضررَ علىٰ أحدٍ في ذٰلكَ . وإنْ كانَ قد ثبتَ عليهِ وَلاءٌ ، بأنْ كانَ قد سَبَاهُ رجلٌ وأَعتقَهُ ، أَو كانَ قدِ ٱشترىٰ رجلٌ عبداً مجهولَ النَّسبِ فأَعتقَهُ ، وأَقرَّ آخرُ بنَسَبِهِ . . نظرتَ في المُقِرِّ :

فإنِ ٱدَّعىٰ أنَّهُ أخوهُ أَو عمُّهُ أَو ٱبنُ عمِّهِ أَو ما أَشبهَ ذٰلكَ . . لَم تُقبلْ دَعواهُ ؛ لأنَّه يَسقطُ بذٰلكَ وَلاءُ معتِقِهِ منهُ وإرثُهُ .

وإنِ ٱدَّعىٰ أنَّهُ ٱبنُهُ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا تقبلُ دِعوةُ المقرِّ ؛ لأنَّه يسقطُ بذٰلكَ وَلاءُ مولاهُ .

والثاني : تقبلُ دعوتُهُ ، ويثبتُ نسبُهُ منهُ ، ويقدَّمُ علىٰ المولىٰ .

والفصلُ بينَ الولدِ وغيرِهِ مِنَ القراباتِ : أَنَّهُ غيرُ مضطرٍ إلىٰ الإقرارِ بالأَخِ والعمِّ وغيرِهما مِنَ القراباتِ ؛ لأنَّه إذا لَم يقرَّ بهِ . . أقرَّ بهِ غيرُهُ . أَمَّا أَبوهُ أَو أَخوهُ : فلَمْ يُقبلْ إقرارُهُ فيهِ ، وهوَ مضطرٌّ إلىٰ الإقرارِ بالولدِ ؛ لأنَّه لا يثبتُ نَسَبُهُ إلاَّ مِنْ جهتهِ .

= في الاعتصام ، ومسلم (١٥٠٠) في اللعان ، وأبو داود (٢٢٦٠) وإلىٰ (٢٢٦٢) في الطلاق ، والترمذي (٢١٢٩) في الولاء والهبة ، والنسائي في « المجتبىٰ » (٣٤٧٩) و(٣٤٨٠) و« الكبرىٰ » (٥٦٧٢) وإلىٰ (٥٦٧٤) في الطلاق ، وابن ماجه (٢٠٠٢) في النكاح ، وفي الباب :

عن ابن عمر أخرجه ابن ماجه (٢٠٠٣) وفي إسناده عبادة بن كليب قد ضعف . ومن ألفاظه : « هل فيها من أورق » و : « هٰذا عسىٰ أن يكون نزعه عرق » و : « هل لك من إبل ؟ » و : « فهٰذا لعل عرقاً نزعه » .

(١) في (م) : (دعوته) .

مسأَلةٌ : [ادعاء رجلٍ أن الملتقَط عبده] :

إذا ٱدَّعىٰ رجلٌ أَنَّ اللقيطَ عبدُهُ . . سُمعَتْ دَعواهُ سواءٌ ٱدَّعاهُ الملتقِطُ أَو غيرُهُ ؛ لأَنَّ ما يدَّعيهِ ممكنٌ وذٰلكَ أَنَّهُ يحتملُ أَنَّهُ وَلدُ أَمَتِهِ مِنْ زواجٍ أَو زِنا ، فإِنْ قيلَ : إِنَّ الملتقِطَ قدِ ٱعترفَ بأَنَّهُ ٱلتقطَهُ ، فكيفَ سُمعَتْ دَعواهُ أَنَّهُ عبدُهُ ؟ قيلَ بالجوابِ : إِنَّ ٱعترافَهُ أَنَّهُ ٱلتقطَهُ لا يمنعُ مِنْ قبولِ دَعواهُ بعدَ ذٰلكَ أَنَّهُ عبدُهُ ؛ لأَنَّ أَمتَهُ قدْ تلِدُهُ مِنْ زواجٍ أَو زِنا ، فترْمي بِهِ ، ولا يَعلمُ بهِ ، فيلتقطُهُ ، ثمَّ يعلمُ بعدَ ذٰلكَ أَنَّهُ ٱبنُ أَمتِهِ .

إِذا ثَبتَ أَنَّ دعواهُ تُسمعُ . . فإِنَّهُ لا يُحكمُ لَه بِرِقِّهِ إِلاَّ بعدَ أَنْ يقيمَ البيِّنةَ ؛ لأَنَّ الظاهرَ حُريَّتُهُ .

فإِذا أَقامَ المدَّعي البيِّنةَ : فلا يخلو : إِمَّا أَنْ يقيمَ البيِّنةَ علىٰ الولادةِ ، أَو علىٰ المِلكِ ، أَو علىٰ اليدِ .

فإِنْ أَقامَ البيِّنةَ علىٰ الوِلادةِ . . قُبلَ فيهِ شاهدانِ ، أَو شاهدٌ وٱمرأَتانِ ، أَو أَربعُ نسوةٍ ، فإِنْ قالتِ البيِّنةُ : نَشهدُ أَنَّ أَمةَ هٰذا وَلدَتْهُ في مِلكهِ . . حكمَ لَه بِرِقِّهِ ؛ لأَنَّ ما تلدُهُ أَمتُهُ في مِلكهِ . . يكونُ مملوكاً لَه ولا يلحقُهُ نسبُهُ ؛ لأَنَّها ليستْ بفِراشٍ لَه ، وإِنْ قالتِ البيِّنةُ : نَشهدُ أَنَّ هٰذا وَلدُ أَمَتِهِ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ في(اللَّقيطِ) : (يحكمُ لَه بمِلكهِ في هٰذهِ الشهادةِ) وقالَ في (الدعوىٰ والبيِّناتِ) : (إِذا شهِدوا بأَنَّ أَمتَهَ وَلدَتْهُ في مِلكهِ . . حَكَمْتُ لَهُ برقِّهِ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : يحكمُ لَه برقِّهِ قولاً وَاحداً وإِنْ لَم يقولوا وَلدَتْهُ في ملكِهِ ؛ لأَنَّهم قدْ شَهدوا أَنَّ أَمَتَهُ وَلَدَتْهُ . والظاهرُ أَنَّها وَلَدَتْهُ في مِلكهِ ، وما ذَكرهُ في (الدعوىٰ والبيِّناتِ) إِنَّما ذَكرهُ تأكيداً لا شرطاً .

ومنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يحكمُ لَه برقِّهِ ؛ لمَا ذكرناهُ .

والثاني : لا يُحكمُ لَه برقِّهِ ؛ لأَنَّها قدْ تلدُهُ قبلَ أَنْ يملكَها ، فيكونُ ٱبنَ أَمَتِهِ ولا يكونُ مملوكاً لَه .

وأَمَّا إذا شهِدَ لَه بالملكِ شاهدانِ ، فإنْ قالاَ : نشهدُ أَنَّ هٰذا مِلكُهُ أَو عبدُهُ ٱشتراهُ أَوِ ٱتَّهَبَهُ مِنْ مالكِهِ أَو وَرِثَهُ . . حُكمَ لَه بالملكِ . وإِنْ قالاَ : مِلكُهُ أَو عبدُهُ ، ولَم يذكُرا سببَ المِلكِ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يحكمُ لَه بملكِهِ ؛ لأَنَّهما قدْ شهِدا لَه بالمِلكِ ، فهوَ كما لَوِ ٱدَّعىٰ علىٰ رجلٍ عيناً في يدِهِ ، فشهِدتْ لَه البيِّنةُ بملكِها .

والثاني : لا يحكمُ لَه بملِكهِ ؛ لأَنَّهم قد يرَوْنَهُ بيدِهِ فيَشهدونَ له بمِلكِهِ ، لثبوتِ يدهِ عليهِ . ولا فرقَ في هٰذينِ القسمينِ بينَ الملتقِطِ وغيرِهِ .

وأَمَّا إذا شَهدتِ البيِّنةُ للمدَّعي باليدِ . . نظرتَ : فإِنْ شهدتْ بذٰلكَ للملتقِطِ . . لَم يُحكمْ لَه بملكِهِ قولاً واحداً ؛ لأَنَّ يدَهُ يدُ ٱلتقاطٍ لا يدُ مِلكٍ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ مِلكَهُ غيرُ الملتقِطِ ، فشهدتْ لَه البيِّنةُ باليدِ . . فحكىٰ الشيخُ أَبو إِسحاقَ فيهِ قولينِ :

أَحدُهما : لا يحكمُ لَه بالمِلكِ ؛ لأَنَّ ثبوتَ اليدِ علىٰ اللَّقيطِ لا تدلُّ علىٰ المِلكِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ الحريَّةُ .

والثاني ـ ولَم يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ والمحامليُّ وابنُ الصبَّاغِ غيرَهُ ـ : أَنَّه يحكمُ لَه باليدِ ؛ لأَنَّ البيِّنة شهدتْ لَه بذٰلكَ ، ويحلفُ أَنَّه مِلكُهُ ؛ لأَنَّ الظاهرَ ممَّنْ بيدِهِ شيءٌ أَنَّه مِلكُهُ ، فإِذا ٱدَّعاهُ . . حلفَ عليهِ .

مسأَلةٌ : [الصبي يتبع في الإسلام أحد أبويه] :

قدْ ذكرنا أَنَّ الصبيَّ يُحكمُ بإِسلامهِ تبعاً لإِسلامِ أَبويهِ أَو لأَحدِهما ، أَو للسابي أَو للدَّارِ .

فإِذا ثبتَ هٰذا : فإِنَّ حُكمَ هٰذا الصبيِّ ـ الذي حُكمَ بإِسلامهِ تبعاً لأَحدِ هٰذهِ الأَشياءِ قبلَ البلوغِ ـ حُكمُ سائرِ المسلِمينَ . وإِنْ ماتَ لَه مناسبٌ مسلمٌ . . ورِثَهُ . وإِنْ ماتَ . . غُسِّلَ ، وصُلِّيَ عليهِ ، ودفنَ في مقابرِ المسلِمينَ ، وورِثَهُ مناسِبُهُ المسلمُ ؛ لأَنَّ الذي أَوجبَ إِسلامَهُ موجودٌ قطعاً ، فهوَ كالمسلِمِ بنفسِهِ . فإِنْ بلغَ ووَصفَ الإِسلامَ . . ٱستقرَّ

إسلامُهُ ، وتيقَّنَّا أنَّه لَم يزلْ مُسلِماً . وإنْ بلغَ ووَصفَ الكفرَ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ حُكمَ بإسلامهِ تبعاً لأبويهِ أو لأحدِهما أو للسابي . . ففيهِ طريقانِ[1] ، حكاهُما الشيخُ أبو إسحاقَ :

أحدُهما ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أنَّه مرتدٌّ) فلا يُقرُّ على الكفرِ قولاً واحداً ؛ لأنَّه محكومٌ بإسلامهِ قطعاً ، فهوَ كما لَو أَسلمَ بنفسهِ بعدَ البلوغِ ، ثمَّ ٱرتدَّ .

والثاني ـ ولَم يذكرِ الشيخُ أبو حامدٍ والمحامليُّ وٱبنُ الصبَّاغِ غيرَهُ ـ : أنَّها على قولينِ :

أحدُهما : أنَّه مرتدٌّ ، ولا يُقَرُّ على الكفرِ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لِمَا ذكرناهُ .

والثاني : أنَّه ليسَ بمرتدٍّ ، فيقرُّ على كفرهِ ؛ لأنَّا حكَمْنا بإسلامهِ تبعاً لغيرِهِ في صِغَرِهِ ؛ لأنَّه لا يمكنُ ٱعتبارُهُ بنفسهِ . فإذا بلغَ أَمكنَ ٱعتبارُهُ بنفسهِ ، وزالَ حكمُ التبَعِ .

وأمَّا إذا كانَ حُكِمَ بإسلامهِ بالدَّارِ ، فبلغَ ووَصفَ الكفرَ : فإنْ قُلنا : إنَّ مَنْ حُكِمَ بإسلامهِ تبعاً لأبويهِ أو للسابي ، يُقَرُّ على الكفرِ إذا بلغَ ووَصفَ الكفرَ . . فهٰذا أَولىٰ أَنْ يُقَرَّ .

وإنْ قُلنا : هناكَ لا يُقَرُّ . . ففي هٰذا قولانِ[2] :

أَحدُهما : لا يقرُّ على الكفرِ ؛ لأنَّه محكومٌ بإسلامهِ تبعاً لغيرِهِ ، فلَمْ يُقرَّ عليهِ ، كمَنْ حُكمَ بإسلامهِ تبعاً لأبويهِ أو للسابي .

والثاني ـ **وهوَ المنصوصُ** ـ : (أنَّه يُقرَّعُ ويُتهدَّدُ على الكفرِ ، فإنْ أقامَ عليهِ . . أُقِرَّ عليهِ) ؛ لأنَّه أَضعفُ حالاً مِمَّنْ حُكمَ بإسلامِهِ تبعاً لأبويهِ أو للسابي ، بدليلِ : أنَّهُ لوِ ٱدَّعىٰ نسبَهُ كافرٌ وأقامَ البيِّنَةَ علىٰ ذٰلكَ . . حُكِمَ بكفرِهِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فكلُّ موضعٍ قُلنا : لا يقَرُّ علىٰ كفرِهِ . . فهوَ مرتدٌّ ، فإنْ تابَ ، وإلاَّ قُتِلَ . وكلُّ موضعٍ قُلنا : يُقرُّ علىٰ كفرِهِ . . نظرتَ :

---

(١) في نسخة : (قولان) .

(٢) في (م) : (وجهان) .

فإنْ وَصفَ كفراً يُقَرُّ أَهلُهُ عليهِ ، كاليهوديَّةِ والنصرانيَّةِ ، والمجوسيَّةِ . . أُقِرَّ عليهِ . فإنِ ٱلتزمَ الجزيةَ . . عُقِدتْ لَه الذمَّةُ ، وأُقِرَّ في بلادِ الإسلامِ حيثُ يجوزُ إقرارُ أَهلِ الذمَّةِ فيهِ . وإنْ لَم يبذلِ الجزيةَ . . لَم يُقَرَّ في بلادِ الإسلامِ ، ولٰكنْ يقالُ لَه : ٱلحقْ بأَهلِ الحربِ .

وإنْ وَصفَ كُفراً لا يُقَرُّ أَهلُهُ عليهِ ، كعبادةِ الأَوثانِ . . قُلنا لَه : لا تُتْرَكُ علىٰ هٰذا ، فإمَّا أَنْ تُسلِمَ ، أَو تلحقَ بدارِ الحربِ وأنتَ في أمانٍ إلى أنْ تلحقَ بدار الحربِ ، أَو تصفَ كُفراً يُقَرُّ أَهلُهُ عليهِ .

وكلُّ موضعٍ أَقرَرناهُ علىٰ الكفرِ ، فإنْ كانَ الإمامُ قدْ أَنفقَ عليهِ شيئاً مِنْ بيتِ المالِ . . ففيهِ قولانِ[1] :

أَحدُهما : يُستردُّ منهُ بدلُهُ ، كما لَو أُنفِقَ عليهِ علىٰ سبيلِ القَرضِ .

والثاني : لا يُستردُّ منهُ بدلُهُ ؛ لأَنَّه صدقةٌ عليهِ ، ومَنْ تصدَّقَ علىٰ كافرٍ . . لَم يرجعْ عليهِ بها .

وإنْ بلغَ هٰذا الصبيُّ فقتلَهُ قاتلٌ قبلَ أَنْ يصفَ الكفرَ أَو الإسلامَ ، وكانتِ الجنايةُ عمداً ، فإنْ كانَ حُكِمَ بإسلامهِ تَبَعاً لأَبويهِ أَو للسابي . . فهلْ يجبُ القَوَدُ علىٰ قاتِلِهِ ؟ فيهِ قولانِ[2] :

أَحدُهما : يجبُ عليهِ القَوَدُ ؛ لأَنَّه قتلَ مَنْ هوَ محكومٌ بإسلامهِ قطعاً عمداً ، فوجبَ عليهِ القَوَدُ ، كما لو قتلَهُ قبلَ البلوغِ .

والثاني : لا يجبُ عليهِ القَوَدُ ، وإنَّما يجبُ عليهِ ديةُ مسلمٍ ، **وهو المنصوصُ** ؛ لأَنَّه يحتملُ أَنَّهُ لمْ يصفِ الإسلامَ ؛ لأَنَّه لم يَسأَلْ عنهُ ـ وهو مسلمٌ ـ فيجبُ عليهِ القودُ ، ويحتملُ أَنَّهُ لَم يصفِ الإسلامَ ؛ لأَنَّه غيرُ راضٍ بالإسلامِ ، بلْ هوَ معتقدٌ للكفرِ ، وذٰلكَ شبهةٌ يَسقطُ بهِ القَوَدُ عَنِ القاتلِ .

---

(١) في (م) : (وجهان) .
(٢) في (م) : (وجهان) .

وإِنْ كانَ محكوماً بإِسلامِهِ بظاهرِ الدارِ . . فهلْ يجبُ القَوَدُ علىٰ قاتلهِ ؟ إنْ قُلنا : إِنَّه لا يجبُ القَوَدُ علىٰ مَنْ قتلَ مَنْ حُكِمَ بإِسلامِهِ تبعاً لأبويهِ أَو للسابي . . فهٰذا أَولىٰ . وإِنْ قُلنا : يجبُ القَوَدُ علىٰ قاتلِ مَنْ حُكمَ بإِسلامهِ تبعاً لأَبويهِ أَو للسابي . . ففي هٰذا قولانِ[١] :

أَحدُهما : يجبُ علىٰ قاتلهِ القَوَدُ ، كما قُلنا فيمَنْ قتلَ مَنْ حُكمَ بإِسلامهِ تبعاً لأَبويه .

والثاني : لا يجبُ علىٰ قاتلِهِ القودُ ، وإنما تجبُ عليهِ ديَةُ مسلمٍ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّه أَضعفُ حالاً ممَّنْ حُكمَ بإِسلامهِ تبعاً لأَبويهِ أَو للسابي ، بدليلِ : أَنَّهُ لوِ ٱدَّعىٰ كافرٌ أَنَّهُ ٱبنُهُ وأَقامَ عليهِ البيِّنةَ . . حُكِمَ بكُفرهِ .

مسأَلَةٌ : [جناية اللقيط] :

وإِنْ جنىٰ اللَّقيطُ علىٰ غيرهِ . . نظرت :

فإِنْ كانتْ جنايتُهُ خطأً . . وجبَ الأَرشُ في بيتِ المالِ ، سواءٌ كانتْ جنايتُهُ قبلَ البلوغِ أَو بعدَهُ ، وسواءٌ كانَ موسِراً أَو معسِراً ؛ لأَنَّه حرٌّ مسلمٌ لا مناسِبَ لَه ، فكانتْ جنايتُهُ الخطأُ في بيتِ المالِ ، كغيرِ اللَّقيطِ .

وأَمَّا إِنْ جنىٰ علىٰ غيرهِ عمداً ، فإِنْ كانَ بعدَ البلوغِ . . وجبَ عليهِ القَوَدُ إِنْ كانَ المجنيُّ عليهِ ممَّنْ يجبُ لَه عليهِ القَودُ ، أَوِ الدِّيَةُ ، وإِنْ كانَ المجنيُّ عليهِ لا يُستحقُّ عليهِ القَوَدُ ، أو إِنْ كانتْ جنايتُهُ قبلَ البلوغِ . . لَم يجبْ عليهِ القَوَدُ ؛ لأَنَّ الصبيَّ لا يجبُ عليهِ القَوَدُ .

وأَمَّا الأَرْشُ : فإِنْ قُلنا : إِنَّ عَمدَ الصبيِّ خطأٌ . . وجبَ الأَرْشُ في بيتِ المالِ . وإِنْ قُلنا : إِنَّ عَمدَهُ عمدٌ . . وجبَ الأَرْشُ عليهِ ، فيؤخذُ منهُ إِنْ كانَ موسِراً ، وإِنْ كانَ معسِراً . . ثبتَ في ذمَّتهِ إِلىٰ أَنْ يُوسِرَ .

---

(١) في (م) : (وجهان) .

وإنْ جُنِيَ علىٰ اللَّقيطِ قبلَ البلوغِ . . نظرتَ :

فإنْ قَتلَهُ قاتلٌ ، فإنْ كانتِ الجنايةُ خطأً . . وَجبَ دِيَةُ اللَّقيطِ علىٰ عاقلَةِ الجاني ، ويأخذُها الإمامُ إلىٰ بيتِ المالِ إرثاً للمسلمِينَ ، كسائرِ أموالهِ .

وإنْ قتلَهُ عمداً . . كانَ الإمامُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يَقتُلَ القاتِلَ ، وبينَ أَنْ يعفوَ عنهُ علىٰ الدِّيَةِ ، لأَنَّ ذٰلكَ يجبُ للمسلمِينَ ، والإمامُ نائبٌ عنهُم ، ولا يفعلُ مِنْ ذٰلكَ إلاَّ ما رأىٰ فيهِ الصلاحَ .

وإنْ جنىٰ عليهِ فيما دونَ النَّفسِ . . نظرتَ :

فإنْ كانتِ الجنايةُ خطأً . . وَجبَ الأرْشُ للَّقيطِ ويأخذُهُ الملتقِطُ لَه ؛ لأنَّه مالٌ للَّقيطِ .

وإنْ كانتِ الجنايةُ عمداً توجبُ القِصاصَ ، فإنْ كانَ اللَّقيطُ موسِراً . . لَم يكنْ لوليِّهِ أَنْ يَقتصَّ ؛ لأَنَّ القِصاصَ جُعلَ للتَّشفِّي ، والتَّشفِّي يحصلُ لَه إذا بلغَ . وليسَ لَه أَنْ يعفوَ علىٰ مالٍ ؛ لأنَّه لا حاجةَ بهِ إليه . ويحبسُ لَه الجاني إلىٰ أَنْ يَبلُغَ ، وإنْ كانَ اللَّقيطُ معسِراً : فإنْ كانَ عاقِلاً لَم يكنْ للوليِّ أَنْ يقتصَّ ؛ لأَنَّ التشفِّيَ إنَّما يحصلُ للمجنيِّ عليهِ وليسَ لَه أَنْ يعفوَ علىٰ مالٍ ؛ لأنَّه لا حاجةَ بهِ إليهِ ؛ لأَنَّ نفقتَهُ تجبُ في بيتِ المالِ . وإنْ كانَ معسِراً معتوهاً . . قالَ الشافعيُّ : (أَحببتُ للحاكمِ أَنْ يعفوَ علىٰ مالٍ ؛ لأنَّه لا يُرجىٰ لَه أَنْ يقتصَّ ، فكانَ العفوُ علىٰ مالٍ أَحظَ) .

وأَمَّا إذا جُنِيَ عليهِ بعدَ البلوغِ . . نظرتَ :

فإنْ كانتْ علىٰ النفسِ . . فهوَ كما لَو جنىٰ عليهِ قبلَ البلوغِ . وإنْ كانَتْ علىٰ ما دونَ النَّفْسِ ، فإنْ كانتْ خطأً . . وجبَ لَه الأَرْشُ ، وإنْ كانتْ عمداً يجبُ فيها القِصاصُ . . فهوَ بالخيارِ : بينَ أَنْ يقتصَّ ، وبينَ أَنْ يعفوَ علىٰ مالٍ كغيرِهِ . هٰذا نقلُ البغداديِّينَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٦٧] : إذا قُتلَ اللَّقيطُ عمداً . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يَقتصُّ الإمامُ ؛ لأنَّه وَليُّهُ ، كالأَبِ وليِّ الصبيِّ .

والثاني : لا يَقتصُّ ؛ لأَنَّ أَولياءَ اللَّقيطِ المسلِمونَ ، وهُم لا يَتعيَّنونَ .

وإنْ قُتلَ اللَّقيطُ خطأً . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يجبُ فيهِ دِيَةُ حُرٍّ ؛ لأنَّه حرٌّ .

والثاني : يتوقَّفُ إِلىٰ أَنْ يتبيَّنَ أَحرٌّ هوَ أَمْ مملوكٌ ؛ لأنَّه يجوزُ أَنْ يكونَ عبداً ، فلا يجبُ إِلاَّ باليقينِ .

مسأَلةٌ : [قذف اللقيط] :

إِذا قذفَ اللَّقيطُ غيرَهُ : فإِنْ كانَ قبلَ البلوغِ . . لَم يجبْ عليهِ حدُّ القذفِ ؛ لأَنَّ الصغيرَ لا يجبُ عليهِ الحدُّ ولٰكنْ يؤَدَّبُ . وإِنْ كانَ بعدَ البلوغِ . . وَجبَ عليهِ حدُّ القذفِ إِنْ كانَ المقذوفُ مُحْصَناً[1] ، أَوِ التعزيرُ[2] إِنْ كانَ غيرَ مُحْصَنٍ .

وإِنْ قذفَ اللَّقيطَ قاذفٌ ، فإِنْ قذفَهُ قبلَ البلوغِ . . لَم يجبْ علىٰ القاذفِ حدُّ القذفِ ، وإِنَّما يعزَّرُ القاذفُ ؛ لأَنَّ الصبيَّ لا يجبُ الحدُّ بقذفِهِ .

وإِنْ قذَفَهُ بعدَ البلوغِ ، فإِنِ ٱتَّفقَ اللقيطُ والقاذفُ أَنَّ اللَّقيطَ عبدٌ . . لَم يجبْ علىٰ القاذفِ حدُّ القذفِ ، وإِنَّما يجبُ عليهِ التعزيرُ . وإِنِ ٱتَّفقا أَنَّهُ حرٌّ . . وَجبَ علىٰ القاذفِ حدُّ القذفِ .

وإِنْ قالَ القاذفُ : هوَ عبدٌ ، وقالَ اللَّقيطُ : بلْ أَنا حرٌّ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : القولُ قولُ اللَّقيطِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّهُ حرٌّ .

والثاني : أَنَّ القولَ قولُ القاذفِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّه يحتملُ أَنَّه حرٌّ ، فيجبُ علىٰ القاذفِ الحدُّ ، ويحتملُ أَنَّه عبدٌ ، فلا يجبُ عليهِ الحدُّ ، والأَصلُ براءةُ ذمَّتهِ .

فأَمَّا إِذا جنىٰ رجلٌ علىٰ اللَّقيطِ عمداً ، فقالَ الجاني : أَنتَ عبدٌ ، فلا يجبُ عليَّ القِصاصُ ، وقالَ اللَّقيطُ : بلْ أَنا حرٌّ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كما قُلنا في القذفِ .

---

(١) **المحصن** : كل متزوج من رجل وأنثىٰ ، وأحصن الشيء : منعه وصانه .

(٢) **التعزير** : تأديب ولوم وعقاب بما دون الحدِّ الشرعي .

ومنهُم مَنْ قالَ : القولُ قولُ اللَّقيطِ قولاً واحداً .

والفرقُ بينَهما : أَنَّ حدَّ القذفِ يرادُ للرَّدعِ والزَّجرِ ، فإذا عَدَلنا عَنِ الحدِّ إِلىٰ التعزيرِ . . حصلَ بهِ الرَّدعُ ، والقِصاصُ يرادُ للتَّشفِّي ، فإذا عَدَلنا منهُ إِلىٰ الدِّيَةِ . . لَم يَحصلْ بها التَّشفِّي . ولأَنَّ التعزيرَ بعضُ الحدِّ ، فإذا عَدَلنا عَنِ الحدِّ إِلىٰ التعزيرِ . . فقدْ عَدَلنا عَنْ مشكوكٍ فيهِ إِلىٰ يقينٍ ، فجازَ . وليسَ كذٰلكَ الجنايةُ ، فإِنَّ اللَّقيطَ يجوزُ أَنْ يكونَ عبداً ، فلا يجبُ في الجنايةِ عليهِ قِصاصٌ ، ويجوزُ أَنْ يكونَ حُرّاً ، فيجبُ علىٰ الجاني عليهِ القِصاصُ . فالقِصاصُ مشكوكٌ فيهِ ، والقيمةُ مشكوكٌ فيها ، فإذا جَعلنا القولَ قولَ الجاني . . ٱنتقلنا مِنْ مَشكوكٍ فيهِ إِلىٰ مشكوكٍ فيهِ ، فلَم يَجُزْ .

مسأَلةٌ : [قبول قول اللقيط بأنه رقيق] :

قالَ الشافعيُّ : (فإذا بلغَ اللَّقيطُ فباعَ وٱشترىٰ ، ونكحَ وأَصدقَ ، ثمَّ أَقرَّ علىٰ نفسِهِ بالرقِّ . . قُبِلَ إقرارُهُ ، وفي إلزامهِ الرقَّ قولانِ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ اللَّقيطَ إذا بلغَ ، ثمَّ باعَ وٱشترىٰ ، ووَهبَ وأَقبضَ ، ونَكحَ ، فجاءَ آخرُ وٱدَّعىٰ أَنَّه عبدُهُ ، فصدَّقهُ اللَّقيطُ ، ولَم يُقمْ عليهِ بيِّنةً ، أَو قالَ اللَّقيطُ : أَنا عبدُ فلانٍ ، وصدَّقَهُ المُقَرُّ لَه . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ اللَّقيطُ قد تقدَّمَ منهُ إِقرارٌ قبلَ هٰذا أَنَّه حرٌّ . . لَم يُقبلْ إِقرارُهُ الثاني أَنَّه عبدٌ ؛ لأَنَّه بإِقرارهِ الأَوَّلِ أَنَّه حرٌّ ، لزمتْهُ أَحكامٌ في العباداتِ للهِ تعالىٰ فلا يُقبلُ إِقرارُهُ بما يُسقِطُها ، ولهٰذا لَو أَنَّ حرّاً قالَ لرجلٍ : جعلتُ نفسي عبدَكَ . . لَم يصرْ عبدَهُ بذٰلكَ .

وإِنْ لَم يتقدَّمْ منهُ إِقرارٌ بالحرِّيَّةِ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ : (قُبِلَ إِقرارُهُ ، وفي إِلزامهِ الرقَّ قولانِ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في ترتيبِ المذهبِ فيها :

فقالَ أَبو الطيِّبِ بنُ سلمةَ : هلْ يُقبَلُ إِقرارُهُ في الرقِّ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُقبلُ إِقرارُهُ ويحكمُ برقِّهِ ؛ لأَنَّه مجهولُ الحالِ . . فقُبِلَ إِقرارُهُ علىٰ نفسِهِ بالرقِّ ، كما لَو قَدِمَ رجلٌ مِنْ بلادِ الكُفرِ لا يُعرفُ نَسَبُهُ ، فأَقرَّ علىٰ نفسِهِ بالرقِّ . ولأَنَّ

إقرارَهُ آكدُ مِنَ البيِّنةِ ؛ لأنَّه لا يُتَّهمُ في إقرارِهِ علىٰ نفْسِهِ ، والبيِّنةُ متَّهمةٌ . ثمَّ ثبتَ أنَّ البيِّنةَ لَو قامتْ برقِّهِ . . حُكِمَ برقِّهِ ، فكذٰلكَ إذا أقرَّ علىٰ نفسِهِ .

والثاني : لا يُقبَلُ إقرارُهُ ؛ لأنَّه محكومٌ بحرِّيَّتِهِ بظاهرِ الدارِ ، فلَم يُقْبَلْ إقرارُهُ بالرقِّ وقدْ تعلَّقَ عليهِ حقوقٌ للهِ تعالىٰ ، فلَمْ يُقبلْ إقرارُهُ بما يُسقِطُها ، كما لَو أقرَّ بالحرِّيَّةِ ، ثمَّ أقرَّ بالرقِّ . ويخالفُ المجهولَ ؛ لأنَّه لَم يلزمْهُ حقٌّ لغيرِهِ فيُسقِطُها بالإقرارِ .

وقالَ عامَّةُ أصحابِنا : يُقبلُ إقرارُهُ في الرقِّ قولاً واحداً ، وإنَّما القولانِ في أحكامِ الرقِّ :

أحدُهما : يُقبلُ إقرارُهُ في الجميعِ ، فيما لَه وفيما عليهِ ؛ لأنَّ هٰذه الأحكامَ فرعٌ للرقِّ ، فإذا ثبتَ الأصلُ . . ثبتتْ فروعُه[1] ، ولأنَّ إقرارَهُ آكدُ مِنَ البيِّنةِ . ثمَّ لَو قامتِ البيِّنةُ . . لثبتتْ عليهِ جميعُ أحكامِ الرقِّ ، فكذٰلكَ إذا أقرَّ .

والثاني : يُقبلُ قولُه فيما يَضرُّهُ ، ولا يُقبَلُ فيما يَضرُّ غيرَهُ . وبهِ قالَ أبو حنيفةَ ، واختارَهُ المُزنيُّ ؛ لأنَّ إقرارَهُ تضمَّنَ ما يضرُّهُ ويضرُّ غيرَهُ ، فقُبِلَ قولُه فيما يضرُّهُ ، ولَم يُقبَلْ فيما يضرُّ غيرَهُ ، كمَنْ أقرَّ بدَينٍ عليهِ وعلىٰ غيرِهِ . ولأنَّ اللَّقيطَ قدْ يكونُ جاريةً وقدْ أنكحَها الحاكمُ ، فإذا قُلنا : يُقبلُ قولُها فيما يضرُّ غيرَها . . أدَّىٰ إلىٰ أنْ يَنفسخَ النكاحُ بقولِها ، والنكاحُ لا ينفسخُ بقولِ النساءِ . وقولُ الأوَّلِ : (إنَّ الأصلَ إذا ثبتَ . . ثبتتْ فروعُهُ) يبطلُ بالرَّجلِ إذا ماتَ وخلَّفَ أخاً وارثاً ، فأقرَّ الأخُ بابنٍ للميتِ . . فإنَّ النَّسبَ يثبتُ ، ولا يثبتُ الميراثُ . **وهٰذا الطريقُ أصحُّ** ؛ لأنَّ الشافعيَّ قالَ : (قُبِلَ إقرارُهُ ، وفي إلزامِهِ الرقَّ قولانِ) وأرادَ : في إلزامِهِ أحكامَ الرقِّ قولانِ . فإنْ قُلنا بالطريقِ الأوَّلِ ، فإنْ قُلنا : يقبلُ إقرارُهُ في الرقِّ . . كانَ حكمُهُ حكمَ الرقيقِ إذا تصرَّفَ بغيرِ إذنِ سيِّدِهِ في التصرُّفاتِ الماضيةِ والمستقبَلَةِ . وإنْ قُلنا : لا يُقبَلُ قولُه في الرقِّ . . لَم يؤثِّرْ هٰذا الإقرارُ في التصرُّفاتِ الماضيةِ ولا في المستقبَلَةِ .

وإنْ قُلنا بالطريقِ الثاني ، وعليهِ التفريعُ .

---

(١) في (م) : (ثبت فرعه) .

فعلىٰ هٰذا : حكمُهُ في التصرُّفاتِ بعدَ الإقرار حكمُ الرقيقِ فيما يضرُّهُ ويضرُّ غيرَهُ .

وأَمَّا تصرُّفاتهُ بعدَ البلوغِ وقبلَ الإقرارِ : فلا تخلو : إمَّا أَنْ يكونَ اللَّقيطُ ذكراً أَو أُنثىٰ :

فإِنْ كانَ أُنثىٰ وقد زوَّجَها الحاكمُ بإِذنِها بِحُرٍّ ثمَّ أَقرَّتْ بالرقِّ ، فإِنْ قُلنا : يُقبَلُ إِقرارُها فيما يضرُّها ويضرُّ غيرَها. . حُكِمَ بأَنَّ النكاحَ وقعَ باطلاً ؛ لأَنَّه بغيرِ إِذنِ سيِّدِها ، فإِنْ لَم يَدخلْ بها الزوجُ . . فلا شيءَ عليهِ . وإِنْ كانَ قدْ دخلَ بها. . وَجبَ عليهِ مهرُ مِثلها لسيِّدِها وفُرِّقَ بينهما واْعتدَّتْ بِقرْأَيْنِ ؛ لأَنَّها عِدَّةُ أَمةٍ ، هٰكذا ذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ واْبنُ الصبَّاغِ .

وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ والمحامليُّ : أَنَّها تستبرىءُ بقَرءٍ وَاحدٍ ؛ لأَنَّه اْستبراءٌ ، والأَمةُ تستبرىءُ بقَرءٍ . وإِنْ أَتتْ أَمتُهُ بأَولادٍ. . فهُم أَحرارٌ ؛ لأَنَّه اْعتقدَ أَنَّها حرَّةٌ ، وذٰلكَ شبهةٌ ، ويجبُ عليهِ لسيِّدهِم قيمتهُم حينَ الوضعِ . فإِنْ ماتَ عنها. . لَم يجبْ عليها عِدَّةُ الوفاةِ .

وإِنْ قُلنا : يُقبَلُ قولُها فيما يضرُّها ، ولا يقبلُ فيما يضرُّ غيرَها. . لَم يُحكمْ بفسادِ النكاحِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يضرُّ بالزوجِ . فإِنْ لَم يدخلْ بها الزوجُ. . لَم يجبْ لَها مهرٌ ؛ لأَنَّ السيِّدَ يقرُّ بفسادِ نكاحِها . والنكاحُ الفاسدُ لا تَستحقُّ بهِ المهرَ قبلَ الدخولِ . فإِنْ طلَّقَها الزوجُ قبلَ الدخولِ ، أَو ماتَ عنها. . لَم يطالبْهُ السيِّدُ بشيءٍ ؛ لأَنَّه لا يدَّعيهِ .

وإِنْ كانَ الزوجُ قدْ دخلَ بها. . وَجبَ عليهِ أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ مهرِ المِثلِ أَوِ المسمَّىٰ[1] ؛ لأَنَّ المسمَّىٰ إِنْ كانَ أَقلَّ. . لَم يلزمْهُ ما زادَ ؛ لأَنَّه لا يُقبلُ قولُها فيما يضرُّ غيرَها . وإِنْ كانَ مهرُ المِثلِ أَقلَّ. . لم يجبْ عليهِ ما زادَ عليهِ ؛ لأَنَّها لا تدَّعي أَكثرَ منهُ .

وإِنْ أَتتْ منهُ بأَولادٍ قَبلَ الإِقرارِ. . فهُم أَحرارٌ ؛ لأَنَّه وَطِئَها وهوَ يعتقدُ أَنَّها حرَّةٌ . ولا يجبُ عليهِ قيمتُهم ؛ لأَنَّه لا يُقبلُ قولُها فيما يضرُّ غيرَها ، ولٰكنْ يقالُ للزوجِ : قد

---

(١) **المسمّى** : يعني المهر والصداق المتّفق عليه بين الزوجين .

ثبتَ أَنَّ زوجتَكَ أَمةٌ ، فإِنْ شئتَ ٱخترتَ المقامَ معَها علىٰ أَنَّكَ إِذا وَطِئتَها بعدَ ذٰلكَ ، وحَبلَتْ منكَ . . كانَ الولدُ مملوكاً بلا كلامٍ ؛ لأَنَّكَ تَطؤُها علىٰ علمٍ بأَنَّها أَمةٌ .

فإِنْ قيلَ : فهٰذا ممَّا يضرُّهُ ، وقدْ قلتُم لا يُقبلُ قولُها فيما يضرُّ غيرَها . . فالجوابُ : أَنَّا لَم نَقبلْ قولَها فيما يضرُّ غيرَها في إِيجابِ حقٍّ لَم يدخلْ في العقدِ عليهِ .

فأَمَّا الحكمُ في المستقبلِ : فيمكنُ إِيفاءُ حقِّهِ وحقِّ مَنْ ثبتَ لَه الرقُّ عليها ، بأَنْ يطلِّقَها ، فلا يلزمُهُ ما لَم يَدخلْ عليهِ ، أَو يُقيمَ علىٰ نكاحِها ، فلا يَسقطُ حقُّ سيِّدِها .

فإِنْ قيلَ : إِذا أَثبَتُّم حقَّ الرقِّ الآنَ ، فٱعتبروا أَنْ يكونَ ممَّنْ يجوزُ لَه نكاحُ الإِماءِ . . قُلنا : لا يُعتبرُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّا إِنْ أَثبتنا ذٰلكَ ، وقُلنا بفسادِ النكاحِ إِذا لَم يكنْ ممَّنْ يجوزُ لَه نكاحُ الإِماءِ . . أَفسَدْنا العقدَ بقولِها ؛ لأَنَّ شروطَ نكاحِ الأَمَةِ لا تُعتبرُ في الاستدامةِ ، وإِنَّما تُعتبرُ في الابتداءِ .

وإِنْ طلَّقها الزوجُ . . ٱعتدَّتْ بثلاثةِ أَقراءٍ ، وهيَ عدَّةُ حرَّةٍ .

قالَ أَصحابُنا : ولا فرقَ بينَ أَنْ يطلِّقَها ثلاثاً أَو دونَ الثلاثِ ؛ لأَنَّ عدَّةَ الطلاقِ حقٌّ للزوجِ ، وقولُها لا يُقبَلُ فيما يضرُّ غيرَها ؛ لأَنَّها إِنْ طُلِّقتْ دونَ الثلاثِ . . فلَه الرجعةُ في العِدَّةِ ، وإِنْ طُلِّقتْ ثلاثاً ، أَو كانَ الطلاقُ بائناً . . فالعِدَّةُ لاستبراءِ مائِهِ . أَلا ترىٰ أَنَّها لا تجبُ في الموضعِ الذي لا يحتاجُ إِلىٰ الاستبراءِ ، وهوَ : قبلَ الدخولِ ؟ .

وإِنْ ماتَ عنها . . لَم يجبْ عليها عِدَّةُ حرَّةٍ ؛ لأَنَّ عِدَّةَ الوفاةِ حقٌّ للهِ تعالىٰ ، لا حقَّ للزوجِ فيها . أَلا ترىٰ أَنَّها تجبُ في الموضعِ الذي لا يحتاجُ فيهِ إِلىٰ الاستبراءِ ؟ وقولُها مقبولٌ فيما يُسقِطُ حقَّ اللهِ عزَّ وجلَّ . وتَعتَدُّ بشهرينِ وخمسِ ليالٍ ، وحكىٰ المحامليُّ : أَنَّها تَستبرىءُ بقَرءٍ وَاحدٍ ؛ لأَنَّ ٱستبراءَ الأَمَةِ بقَرءٍ .

وإِنْ كانَ اللَّقيطُ ذَكراً : فإِنْ كانَ قدْ باعَ وٱشترىٰ بعدَ البلوغِ ، أَو كانَ اللَّقيطُ أُنثىٰ ، فباعتْ وٱشترتْ بعدَ البلوغِ ، فإِنْ قُلنا : يُقبلُ قولهُ فيما يضرُّهُ ويضرُّ غيرَهُ . . حُكم بفسادِ العقودِ كلِّها . فإِنْ كانتِ الأَعيانُ قائمةً . . رُدَّتْ إِلىٰ أَهلِها ، وإِنْ كانتْ تالِفةً . . ثبتتْ قيمتُها في ذمَّتهِ ، يُتبَعُ بِها إِذا عَتَقَ .

وإِنْ قُلنا : لا يُقبلُ قولُه فيما يضرُّ غيرَه . . لَم يحكمْ بفسادِ العقودِ وتلزمُهُ الأَثمانُ .

فإنْ كانَ في يدهِ مالٌ . . دُفِعَتِ الأثمانُ عنهُ ، وما بقيَ منهُ يكونُ لسيِّدهِ . وإنْ لَم يفِ بالأثمانِ ، أَو لَم يكنْ في يدهِ مالٌ . . كانَ ذٰلكَ ديناً في ذمَّتهِ ، يُتبَعُ بهِ إذا عَتَقَ . هٰكذا قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ .

وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : إنْ كانَ لَه كسبٌ . . ٱستوفىٰ ذٰلكَ مِنْ كسبهِ .

وإنْ كانَ غُلاماً ، فنكَحَ ، فإنْ قُلنا : يُقبلُ قولُه فيما يضرُّهُ ويضرُّ غيرَهُ . . حُكمَ بفسادِ النكاحِ ؛ لأنَّه وَقعَ بغيرِ إذنِ سيِّدهِ . وإنْ لَم يَدخلْ بها . . فلا شيءَ عليهِ . وإنْ دخلَ بها . . وَجبَ عليهِ مَهرُ مِثلِها . ومِنْ أينَ يُستوفىٰ ؟ فيهِ قولانِ :

قالَ في **القديمِ** : (يُستوفىٰ مِنْ رَقَبتهِ ، كأَرشِ الجنايةِ) .

وقالَ في **الجديدِ** : (يُتبَعُ بهِ إذا عَتَقَ) لأنَّه وَجبَ برضا مَنْ لَه الحقُّ ، فهوَ كثمنِ المبيعِ ، هٰكذا ذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ وٱبنُ الصبَّاغِ .

وذكرَ الشيخُ أَبو إسحاقَ في « المهذَّبِ » : أنَّه إذا دخلَ بها . . لزمَهُ أَقلُّ الأمرينِ مِنْ مهرِ المِثلِ أَوِ المسمَّىٰ ؛ لأنَّ المسمَّىٰ إنْ كانَ أَقلَّ . . لَم يجبْ ما زادَ ؛ لأنَّها لا تدَّعيهِ . وإنْ كانَ مهرُ المِثلِ أَقلَّ . . لَم يجبْ ما زادَ ؛ لأنَّ قولَهُ مقبولٌ وإنْ ضرَّ غيرَهُ .

وأمَّا إذا قُلنا : يُقبلُ قولُه فيما يضرُّهُ ، ولا يُقبلُ فيما يضرُّ غيرَهُ . . فإنّا نَحكمُ بأنَّ النكاحَ وقعَ صحيحاً ، ولا نحكمُ ببطلانهِ فيما مضىٰ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يضرُّ بالزوجةِ . ولٰكنْ يُحكَمُ بٱنفساخهِ مِنَ الآنَ ؛ لأنَّه أقرَّ بتحريمِها عليهِ . فإنْ كانَ لَم يدخلْ بِها . . لزمَهُ نصفُ المسمَّىٰ . وإنْ كانَ قدْ دخلَ بها . . لزمَهُ جميعُ المسمَّىٰ ، فإنْ كانَ في يدهِ كسبٌ . . ٱستوفىٰ المهرَ منهُ ، وإنْ لَم يكنْ في يدهِ كسبٌ . . ٱستوفىٰ ممَّا يَكسبُهُ مِنَ الآنَ ؛ لأنَّه لو تزوَّجَ بإذنِ المولىٰ . . لكانَ المهرُ مِنْ كسبهِ ، فكذٰلكَ هاهُنا مثلُهُ .

فرعٌ : [جناية اللقيط عمداً] :

وإنْ جنىٰ اللَّقيطُ علىٰ غيرهِ عمداً بعدَ أنْ أقرَّ بالرقِّ . . وَجبَ عليهِ القَوَدُ ، سواءٌ كانَ المجنيُّ عليهِ حرّاً أَو عبداً ؛ لأنَّ ذٰلكَ يضرُّهُ ، وإنْ كانتْ جنايتُهُ علىٰ غيرهِ خطأً . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

[**الوجهُ الأَوّلُ**] قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يتعلَّقُ الأَرشُ برَقَبتهِ على القولينِ ؛ لأنَّا قدْ حكَمنا بأَنَّ أَرشَ هٰذهِ الجنايةِ في بيتِ المالِ ، والآنَ فقدْ أَقرَّ بالرقِّ ، وهٰذا يضرُّهُ ، فقُبِلَ ، فيؤخَذُ بالأَرشِ مِنْ مالهِ إنْ كانَ بيدهِ مالٌ . وإنْ لَم يكنْ بيدهِ مالٌ ، أَو كانَ ولَم يفِ . . بيعتْ رَقبتُهُ .

و[**الوجهُ الثاني**] قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : إنْ قُلنا : لا يقبلُ قولُه فيما يضرُّ غيرَهُ . . كانَ الأَرشُ في بيتِ المالِ ؛ لأَنَّ كونَهُ في بيتِ المالِ أَنفعُ للمجنيِّ عليهِ ؛ لأَنَّ الرقبةَ قدْ لا تفي بالجنايةِ وربَّما تلِفتْ قبلَ ٱستيفاءِ الأَرشِ منها فيسقطُ الأَرشُ .

و[**الوجهُ الثالثُ**] قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : إذا قُلنا : يُقبلُ قولُه فيما يضرُّ غيرَهُ . . لَم يكُنْ للمجنيِّ عليهِ حقٌّ في بيتِ المالِ ، بلْ يتعلَّقُ حقُّهُ في رَقَبةِ اللَّقيطِ . وإنْ قُلنا : لا يُقبلُ قولُه فيما يضرُّ غيرَهُ ، وكانَ الأَرشُ أَكثرَ مِنْ قيمةِ الرقَبةِ . . ٱستحقَّ المجنيُّ عليهِ قيمةَ الرقَبةِ ، ووَجبَ ما زادَ لَه في بيتِ المالِ ؛ لأَنَّه قدْ تعلَّقَ حقُّهُ في بيتِ المالِ ، فلا يَسقطُ بقولِ الجاني .

وأَمَّا إذا جُنيَ على االلَّقيطِ بعدَ أَنْ أَقرَّ بالرقِّ . . نظرتَ :

فإنْ كانتِ الجنايةُ عليهِ عمداً ، فإنْ كانَ الجاني عليهِ عبداً . . وَجبَ عليهِ القَوَدُ ؛ لأَنَّه مكافىءٌ لَه . وإنْ كانَ الجاني عليهِ حرّاً . . لَم يجبْ عليهِ القَوَدُ ؛ لأَنَّ العبدَ لا يَستحقُّ القَوَدَ على الحرِّ ، ويكونُ عليهِ مِنَ الأَرشِ ما على المخطىءِ عليهِ .

وإنْ كانتِ الجنايةُ عليهِ خطأً ، بأَنْ قطعَ رجلٌ يدَهُ خطأً ، فإنْ كانَ نصفُ القيمةِ أَقلَّ مِنْ نصفِ الدِّيةِ ، أَو كانا سواءً . . وَجبَ على الجاني نصفُ القيمةِ . وإنْ كانَ نصفُ القيمةِ أَكثرَ مِنْ نصفِ الدِّيةِ ، فإن قُلنا : يُقبلُ إقرارُهُ فيما يَضرُّهُ ويضرُّ غيرَهُ . . لزمَ الجانيَ نصفُ القيمةِ ، وإنْ قُلنا : لا يُقبلَ قولُهُ فيما يضرُّ غيرَهُ . . لزمَهُ نصفُ الدِّيةِ لا غيرُ .

فرعٌ : [إقرار اللقيط بالرقِّ] :

وإنْ أَقرَّ اللَّقيطُ أَنَّه عبدٌ لرجلٍ ، فكذَّبهُ المقَرُّ لَه . . سقطَ حقُّ المقَرِّ لَه لتكذيبهِ . فإنْ أَقرَّ اللَّقيطُ بعدَ ذٰلكَ أَنّه عبدٌ لآخَرَ ، أَو صادقَهُ المقَرُّ لَه الأَوَّلُ . . فقدْ قالَ أَبو العبَّاسِ :

يُقبلُ ، كما لَو أَقرَّ لرجلٍ بدارٍ فكذَّبهُ المقرُّ لَه ، ثمَّ أَقرَّ بِها لآخَرَ ، أَو صادقَهُ المقَرُّ له .

والمنصوصُ : (أَنَّهُ لا يُقبلُ) ؛ لأَنَّه قدْ أَخبرَ أَنَّهُ لا يملِكُهُ غيرُ الأَوَّلِ ، فإذا أَسقطَ المقَرُّ لَه إِقرارَهُ بتكذيبِهِ لَه . . رجعَ إِلىٰ الأَصلِ ـ وهوَ : الحرِّيَّةُ ـ فلَم يُقبلْ إِقرارُهُ لغيرِهِ . ويخالفُ الدارَ ، فإِنَّ الأَوَّلَ إِذا كذَّبَ إِقرارَهُ . . رَجعتِ الدارُ إِلىٰ مِلكهِ ، وإِقرارُهُ في مِلكهِ مقبولٌ .

فرعٌ : [ادعاء رجل عبودية اللقيط] :

وإِنِ ٱدَّعىٰ رجلٌ علىٰ اللَّقيطِ أَنَّهُ عبدُهُ ، فأَنكرَ اللَّقيطُ أَنَّهُ عبدُهُ ، ثمَّ أَقرَّ لَه بعد ذٰلكَ . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٦٧] : قُبِلَ إِقرارُهُ لَه ، كما لوِ ٱدَّعىٰ الزوجُ أَنَّهُ راجعَ ٱمرأَتَهُ في عِدَّتها ، فأَنكرَتْ ، ثمَّ أَقرَّتْ بصحَّةِ الرجعةِ .

وإِنْ أَنكرَ اللَّقيطُ فأَقامَ المدَّعي بيِّنةً . . حُكمَ لَه بمِلكهِ ، وكانَ حكمُهُ حكمَ الرقيقِ في التصرُّفاتِ قَبلَ قيامِ البيِّنةِ وبعدَها ، سواءٌ تقدَّمَ منهُ إِقرارٌ بحرِّيَّتهِ أَو لَم يتقدَّم .

وإِنْ لَم يكنْ معَ المدَّعي بيِّنةٌ ، وسأَلَ اللَّقيطَ أَنْ يحلفَ لَه : فإِنْ كانَ قدْ تقدَّمَ مِنَ اللَّقيطِ إِقرارٌ بالحرِّيَّةِ . . لَم يحلفْ ؛ لأَنَّه لَو أَقرَّ لهُ بالرقِّ . . لَم يُقبلْ إِقرارُهُ ، فلا فائِدَةَ في عَرْضِ اليمينِ . وإِنْ لَم يتقدَّمْ منهُ إِقرارٌ بالحرِّيَّةِ ، فإِنْ قلنا بقولِ **عامَّةِ أَصحابِنا** : يُقبلُ إِقرارُهُ بالرقِّ قولاً واحداً . . حلفَ لجوازِ أَنْ يخافَ مِنَ اليمينِ فيُقِرَّ . وإِنْ قُلنا بقولِ أَبي الطيِّبِ بنِ سلمةَ . . هلْ يُقبلُ إِقرارُهُ بالرقِّ ؟ فيهِ قولانِ :

فإِنْ قُلنا : يُقبَلُ . . حلفَ لجوازِ أَنْ يخافَ مِنَ اليمينِ فيُقِرَّ .

وإِنْ قُلنا : لا يُقبلُ إِقرارُهُ . . لَم يحلفْ ؛ لأَنَّه لَو خافَ مِنَ اليمينِ فأَقرَّ بالرقِّ . . لَم يُقبلْ إِقرارُهُ ، فلا فائِدةَ في اليمينِ .

قُلتُ : وينبغي أَنْ يبنيَ علىٰ القولينِ في يمينِ المدَّعي معَ نكولِ[١] المدَّعىٰ عليهِ ،

---

(١) **النكول** : امتناع المستحلف عن اليمين أو تأخره أو تراجعه عنها إذا طلبها القاضي .

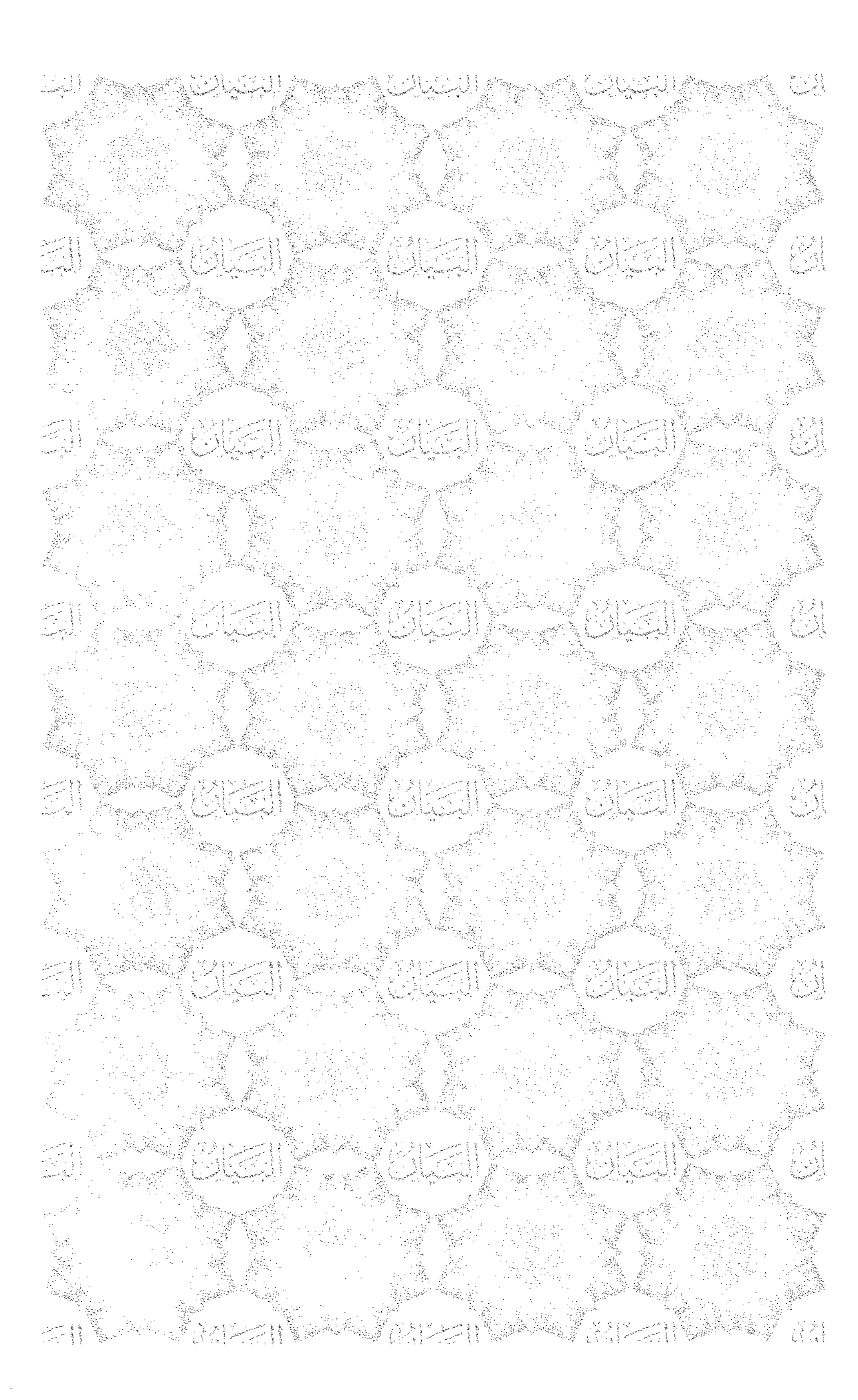
فإنْ قُلنا : إِنَّها كالبيِّنةِ . . عُرِضَتِ اليمينُ علىٰ اللَّقيطِ علىٰ هٰذا القولِ أَيضاً ؛ لجوازِ أَنْ يَنكلَ عَنِ اليمينِ ، فيحلفُ المدَّعي فيكونُ كما لَو أَقامَ البيِّنةَ . وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ كالإِقرارِ . . لَم تُعرضْ .

والله أعلمُ

* * *



كتاب الوقف



كتاب الوقف (١)

الوقفُ : عطيَّةٌ مؤبَّدَةٌ . يقالُ : وقَفَ ، ولا يقالُ : أَوقَفَ ، إلاَّ في شاذِّ اللُّغةِ .

ويقالُ : حَبَّسَ وأَحبَسَ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ الوقفَ يصحُّ ، ويُلزمُ بالقولِ ولا يَفتقرُ إلىٰ القبضِ . وبهِ قالَ مالكٌ وأَبو يوسفَ .

---

(١) **الوقف ـ لغة ـ** : التسبيل والحبس ، قال ابن فارس : الواو والقاف والفاء أصل يدل علىٰ تمكث في شيء ، ثم يقاس عليه . منه : وقفتُ أقف وقوفاً ، ووقفتُ وقفي ، ولا يقال في شيء أوقفت ، إلا أنهم يقولون للذي يكون في شيء ثم ينزع عنه : قد أوقف . قال الطرماح من الخفيف :

جامحاً في غوايتي ثم أوقفـ ـتُ رضاً بالتقىٰ وذو البرِّ راضِ

والموقف : موضع الوقوف حيث كان . قال الكسائي : يقال ما أوقفك هنا : أي ما صيرك إلىٰ الوقوف . قال الشافعي : لم تحبس أهل الجاهلية فيما علِمْتُه داراً ولا أرضاً تبرراً ، وإنما حبس أهل الإسلام . وشرعاً ، قال أصحابنا : الوقف تحبيس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته ، يصرف في جهة خيرٍ موجود تقرباً إلىٰ الله تعالىٰ . ويستأنس له قبل الإجماع بقوله تبارك وتعالىٰ : ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران : ٩٢] و : (أن أبا طلحة لما سمعها رغب في وقف بيرحاء وهو أحبُّ أمواله) كمارواه عن أنس بن مالك البخاري (٢٧٦٩) في الوصايا وغيره . وقوله ﷺ فيما رواه عن أبي هريرة مسلم (١٦٣١) : « إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » . والصدقة الجارية : محمولة عند العلماء علىٰ الوقف المستمر كما قاله الرافعي . والمعنىٰ : أن عمل الميت ينقطع لكن يتجدد له الثواب في هٰذه الأشياء ونحوها .

واشتهر اتفاق الصحابة رضي الله عنهم علىٰ الوقف قولاً وفعلاً ، والشافعي رحمه الله قسم العطايا فقال : تبرُّع الإنسان علىٰ الغير بماله ينقسم إلىٰ منجَّز في الحياة وإلىٰ معلق بالموت كالوصية ، والأول ضربان : أحدهما : تمليك محض كالهبات والصدقات ، والثاني : الوقف ، وسمي وقفاً لما فيه من وقف المال علىٰ الجهة المعينة . وتسمىٰ الأوقاف : الصدقات المحرمات . وأركانه أربعة : وقف وواقف وموقوف عليه وصيغة .

وقالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ وٱبنُ أَبي ليلىٰ : يصحُّ الوقفُ ، ولٰكنْ يَفتقرُ إِلىٰ القبضِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يصحُّ الوقفُ أَصلاً) ولٰكنَّ أَصحابَهُ ٱستشنعوا هٰذا ، فقالوا : يصحُّ الوقفُ ، ولٰكنْ لا يُلزمُ ، بلْ لَه بيعُهُ وهبتُهُ . ولا يُلزمُ إِلاَّ في موضعينِ : إِمَّا أَنْ يحكمَ بهِ الحاكمُ ، أَو يوصيَ الواقفُ بهِ[1] .

دليلُنا : ما روىٰ نافعٌ ، عَنِ ٱبنِ عمرَ : (أَنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُما مَلكَ مئةَ سهمٍ بخيبرَ ٱبتاعَها ، فأَتىٰ النبيَّ ﷺ وقالَ : يا رسولَ الله إِنِّي مَلكتُ مالاً لَم أَملِكْ مثلَهُ قطُّ ، وأَردتُ أَنْ أَتقرَّبَ بهِ إِلىٰ اللهِ تعالىٰ ، فقالَ ﷺ : « حَبِّسِ ٱلأَصْلَ ، وَسَبِّلِ ٱلثَّمَرَةَ » . قالَ : فتصدَّقَ بهِ عمرُ رضيَ اللهُ عنهُ في الفقراءِ وفي القُربىٰ وفي الرِّقاب وفي سبيلِ اللهِ وٱبنِ السبيلِ ، لا يباعُ ولا يوهبُ ولا يورثُ . لا جناحَ علىٰ مَنْ وَلِيَها أَنْ يأكلَ منها غيرَ مُتأَثِّلٍ مالاً ، تنظرُ فيها حفصةُ ما عاشت ، فأَمَّا إِذا ماتَتْ فذَوو الرأْيِ مِنْ أَهلِها ، يعني : مِنْ أَهلِ الوقفِ)[2] .

---

(١) وقال أبو حنيفة أيضاً : (الوقف كالعارية فلا يلزم) يعني : يصحُّ له الرجوع فيه ، ويورث عنه ، ويجوز بيعه وهبته ، ويثبت إذا حكم به الحاكم ، أو علقه بموته كالوصية بالمنافع . وجاء في هامش نسخة : (وإذا مات رجع فيه ورثته إلا أن يوصي به بعد موته . . فتلزم الوصية بإلزام حاكم) بتصرف .

(٢) أخرجه بألفاظ متقاربة عن ابن عمر رضي الله عنهما الشافعي في « ترتيب السند » (٢/ ٤٥٧) في الوقف ، وأحمد في « المسند » (٢/ ١٢ و٥٥) ، والبخاري (٢٧٣٧) في الشروط و(٢٧٦٤) في الوصايا ، ومسلم (١٦٣٢) في الوصية ، وأبو داود (٢٨٧٨) في الوصايا ، والترمذي (١٣٧٥) في الأحكام ، والنسائي في « المجتبىٰ » (٣٥٩٧) وإلىٰ (٣٦٠١) و(٣٦٠٣) في الأحباس ، وابن ماجه (٢٣٩٦) و(٢٣٩٧) في الصدقات ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٣٦٨) و(٣٦٩) في الزكاة ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٥٩) في الوقف . قال الترمذي : هٰذ حديث حسن صحيح ، والعمل علىٰ هٰذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذٰلك اختلافاً في إجازة وقف الأرضين وغير ذٰلك . **تصدق** : أوقف . **الرقاب** : تحرير الأرقاء . **جناح** : إثم . **وليها** : تولىٰ النظر عليها . **متأثل** : غير جامع ، وكل شيء له أصل قديم ، وأثلة الشيء أصله ، وفي رواية : متمول : متجر ومدخر . **حبِّس الأصل** : امنع رقبتها من البيع والهبة والصدقة . **سبل الثمرة** : اجعلها توزع في سبيل الله تعالىٰ .

فوجْهُ الدليلِ مِنَ الخبرِ : أَنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ : سأَلَ النبيَّ ﷺ عَنْ جِهةِ التقرُّبِ ، فقالَ : « حَبِّسِ ٱلأَصْلَ » فٱقتضىٰ الظاهرُ أَنَّ الْقربةَ تحصلُ بنَفْسِ الحَبْسِ . ولَم يُعتبرْ حكمُ الحاكمِ بهِ بعدَ الوقفِ ، ولا الوصيَّةُ بهِ .

قالَ الشافعيُّ : (ومعنىٰ قوله ﷺ : « حَبِّسِ ٱلأَصْلَ » أَي بما عليهِ الأَموالُ المطلقةُ ، فلا تباعُ ولا توهبُ ولا تورثُ . إِذ لا معنىٰ لقولهِ : « حَبِّسِ ٱلأَصْلَ » إلاَّ هٰذا . وأَيضاً فإِنَّ عُمرَ حبَّسَ ، وقالَ : (لا يباعُ ولا يوهبُ ولا يورثُ) وهٰذا بيانُ حكمِ الوقفِ) .

ومعلومٌ : أَنَّ عمرَ كانَ جاهلاً بأَصلِ الوقفِ حتَّىٰ سأَلَ النبيَّ ﷺ . فكيفَ يَجهلُ أَصلَ الوقفِ ، ويَعلمُ حُكمَهُ ؟ فعُلِمَ أَنَّه إِنَّما ذَكرَ هٰذا الحكمَ بتوقيفٍ مِنَ النبيِّ ﷺ . وإِنْ لَم يكنْ بتوقيفٍ منهُ ، فلا يجوزُ أَنْ يخفىٰ هٰذا علىٰ النبيِّ ﷺ . فلمَّا لَم يُنكِرْهُ . . دَلَّ علىٰ أَنَّ هٰذا حكمُ الوقفِ .

ورويَ : عنْ أَبي بكرٍ[1] ، وعثمانَ[2] ، وطلحةَ[3] : أَنَّ كلَّ واحدٍ منهُم وقفَ دارَهُ .

ورويَ : (أَنَّ فاطمةَ وَقفتْ علىٰ بني هاشمٍ ، وبني المطَّلبِ)[4] . ووَقفَ عليٌّ عليهِم ، وأَدخلَ معَهُم غيرَهُم[5] .

---

(١) أخرج عن عبد الله بن الزبير الحميدي خبر أبي بكر الصديق البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٦١) في الوقف .

(٢) أخرج خبر عثمان ذي النورين البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٦١) ، وابن جرير كما في « كنز العمال » (٤٦١٥١) ، وأما وقفه بئر رومة قال عنه الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧٨) : أورده البخاري تعليقاً والنسائي والترمذي من حديثه .

(٣) أخرج خبر طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه ابن جرير كما في كنز العمال (٤٦١٥١) في كتاب الوقف ولفظه : عن محمد بن عبد الله القرشي قال : (حبس عثمان بن عفان والزبير بن العوام وطلحة بن عبيد الله دورهم) ، وانظر « نصب الراية » (٣/ ٤٧٨) فقد عزاه إلىٰ البيهقي في « الخلافيات » .

(٤) أخرج خبر الزهراء فاطمة عن زيد بن علي البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٦١) . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧٩) : ذكره الشافعي بسند فيه انقطاع إلا أنهم من أهل البيت .

(٥) أخرج خبر المرتضىٰ عليٍّ عن زيد أيضاً البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٦١) .

ورويَ عَنْ جابرٍ : أَنَّهُ قالَ : (لَم يبقَ في أَصحابِ النبيِّ ﷺ مَنْ لَه مقدرةٌ إلاَّ وقد وَقفَ) .

ورويَ : أَنَّ عَمرو بنَ العاصِ قَدِمَ مِنَ اليمنِ إِلىٰ المدينةِ فقالَ : (لَم يبقَ في المدينةِ لأَهلِها شيءٌ إلاَّ وهوَ وقفٌ)[١] .

ورويَ : أَنَّ علياً رضيَ اللهُ عنهُ حفرَ بئراً بـ : يَنْبُعَ ، فخرجَ ماؤُها مثلَ عنُقِ البعيرِ . فقيلَ : بَخْتُ الوارثِ . قالَ : فتصدَّقَ بها عليٌّ وكتبَ : (هٰذا ما تصدَّقَ بهِ عليُّ بنُ أَبي طالبٍ ٱبتغاءَ وَجهِ اللهِ ، وليصرِفَهُ عَنِ النارِ ، ويصرفَ النارَ عنهُ ينظرُ فيهِ الحسنُ ماعاشَ ، ثمَّ الحسينُ ، ثمَّ ذَوو الرأْيِ مِنْ وَلدِهِ)[٢] .

وهٰذا إِجماعٌ مِنَ الصحابةِ رضيَ اللهُ عنهُم علىٰ الوقفِ[٣] .

مسأَلةٌ : [وقف ما تثبت عينه] :

ويصحُّ الوقفُ في كلِّ عينٍ يمكنُ الانتفاعُ بها معَ بقاءِ عينِها ، كالدُّورِ والأَرضينَ والثيابِ والأَثاثِ والسِّلاحِ والحَيَوانِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يصحُّ وقفُ الحَيَوانِ وإِنْ حكمَ بهِ الحاكمُ) .

وقالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ : يصحُّ الوقفُ في الحَيَوانِ إلاَّ في الخيلِ .

دليلُنا : ما رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ : بعثَ عمرَ ساعياً ، فلمَّا رَجعَ . . شكا ثلاثةَ نفرٍ : العبَّاسَ بنَ عبدِ المطَّلبِ ، وخالدَ بنَ الوليدِ ، وٱبنَ جميلٍ . فقالَ ﷺ : « ما ينقمُ ٱبنُ جميلٍ إلاَّ أَنّه كان فقيراً فأَغناهُ اللهُ ، وأَمَّا خَالِدٌ . . فَقَدْ ظَلَمْتُمُوْهُ ، قَدِ ٱحتَبَسَ أَدْراعَه

---

(١) أخرج خبر عمرو بن العاص عن عبد الله بن الزبير الحميدي البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٦١) بمعناه .

(٢) أخرج خبر علي أبي الحسن عن جعفر بن محمد عن أبيه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٦٠) ، وابن حزم في « المحلىٰ » (٩/ ١٨٠) ، وأورده في « موسوعة فقه علي » (ص/ ٦١٢ و٦٢٦) . وفيه : (بشر) بدل (بخت) . **والبخت** : الجَدُّ والحظ ، يجمع علىٰ بخوت .

(٣) قال الوزير بن هبيرة في « الإفصاح » : واتفقوا علىٰ جواز الوقف .

وأَعْبُدَهُ فِيْ سَبيلِ اللهِ » . وروِيَ : « وأَعْتُدَهُ »[1] . والأَعْتُدُ : الخيلُ .

فالخبرُ حجَّةٌ علىٰ أَبي حنيفةَ ومحمَّدٍ .

وروِيَ : أَنَّ أُمَّ معقلٍ أَتتِ النبيَّ ﷺ وقالتْ : يا رسولَ اللهِ! إِنَّ أَبا معقلٍ وَقفَ ناقةً في سبيلِ اللهِ ، وإِنِّي أُريدُ الحجَّ ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « ٱرْكَبِيْهَا ، فَإِنَّ ٱلحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ فِيْ سَبِيلِ ٱللهِ »[2] .

ويصحُّ وَقفُ الصغيرِ مِنَ الحَيَوانِ ؛ لأَنَّه يُرجىٰ الانتفاعُ بهِ . ولا يصحُّ الوقفُ في الحَمْلِ ؛ لأَنَّه تمليكٌ منجَّزٌ . فلَم يصحَّ في الحَمْلِ وحدَهُ ، كالبيعِ[3] . وقولنا : (تمليكٌ منجَّزٌ) ٱحترازٌ مِنَ الوصيةِ . وقولنا : (وحدَهُ) ٱحترازٌ مِمَّنْ وقفَ حيواناً حاملاً ، فإِنَّهُ يصحُّ الوقفُ في الحملِ تَبَعاً لأُمِّهِ ، ولا يصحُّ الوقفُ فيما لا يمكنُ الانتفاعُ بهِ علىٰ الدوامِ ، كالحيوانِ الذي تحطَّمَ ، والطعامِ والريحانِ .

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (١٤٦٨) ، ومسلم (٩٨٣) ، وأبو داود (١٦٢٣) في الزكاة ، وطرفه عند الترمذي (٣٧٦٤) في المناقب ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٢٤٦٤) و(٢٤٦٥) والدارقطني في « السنن » (٢/ ١٢٣) في الزكاة ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٦٤) في الوقف . لفظ : (أعبده) قال في « الفتح » (٣/ ٣٩٠) : وقيل : إن لبعض رواة البخاري « وأعبده » جمع عبد ، حكاه عياض ، والمشهور (أعتده) . وفيه أيضاً : « وأما العباس بن عبد المطلب فعمُّ رسول الله ﷺ فهي عليه صدقة ومثلها معها » . قال في « الفتح » : وقع في رواية مسلم : (أعتاده) وهو جمع عتد أيضاً ، قيل : هو ما يعده الرجل من الدواب والسلاح . يقال : فرس عتيد أي : صلب أَو معدٌّ للركوب ، أو سريع الوثوب ، ويقال عن العدة والعتاد : الأهبة والآلة .

(٢) أخرجه ـ بألفاظ متقاربة ـ عن أم معقل أحمد في « المسند » (٦/ ٣٧٥) ، والدرامي في « السنن » (١٨٦٧) ، وأبو داود (١٩٨٨) و(١٩٨٩) في المناسك ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٧٤) في الوصايا ، ويدل له أيضاً في الباب :
عن أنس رواه البخاري (٢٧٥٤) في الوصايا ، باب : هل ينتفع الواقف بوقفه ؟
وعن أبي هريرة رواه البخاري (٢٧٥٥) وفيه : « اركبها » قال يا رسول الله إنها بدنة فقال : « اركبها ويلك » في الثانية أو الثالثة .

(٣) في حاشية نسخة : (فيه وجهان ، بناء علىٰ أنه هل يقابله قسط الثمن أم لا ، من « الحاوي ») .

وحكيَ عَنْ مالكٍ والأَوزاعيِّ : أَنَّهما قالا : (يجوزُ وَقفُ الطعامِ) . **وهٰذا ليسَ بصحيحٍ** ؛ لأنَّه لا يمكنُ حبسُ أَصلهِ .

فرعٌ : [وقف العين غير الثابتة] :

وهلْ يصحُّ وَقفُ الدراهمِ والدنانيرِ ؟ فيهِ وجهانِ :

إِنْ قُلنا : تصحُّ إِجارَتُها . . صحَّ وَقفُها .

وإِنْ قُلنا : لا تصحُّ إِجارَتُها . . لَم يصحَّ وَقفُها . **وهٰذا هوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّه لا خلافَ أَنَّهُ لو غصبَ منهُ دراهمَ أَو دنانيرَ . . لَم يجبْ عليهِ أُجرَتُها .

وأَمَّا وَقفُ الكلبِ : فاْختلفَ أَصحابُنا فيهِ[1] : فقالَ بعضهُم : فيهِ وجهانِ بناءً علىٰ الوجهينِ في إِجارَتِهِ . وقالَ القفَّالُ : لا يصحُّ وَقفُهُ وَجهاً وَاحداً ؛ لأَنَّه لا يصحُّ تمليكُهُ . وقالَ بعضهُم : يصحُّ وَقفُهُ وَجهاً وَاحداً ، كما تصحُّ الوصيَّةُ بهِ .

وهلْ يصحُّ وَقفُ أُمِّ الولدِ ؟ فيهِ قولانِ[2] :

أَحدُهما : لا يصحُّ ؛ لأَنَّ الوقفَ تمليكٌ ، وأُمُّ الولدِ لا تُملكُ .

والثاني : يصحُّ وَقفُها ، كما يصحُّ إِجارَتُها .

فعلىٰ هٰذا : إِذا ماتَ سيِّدُها . . عتقَتْ بموتهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ قدْ ثبتَ لها بالاستيلادِ[3] ، فلا يبطلُ بوقفِها ، كما لا يَبطلُ بِإجارَتِها .

فرعٌ : [الوقف في شيء معين] :

ولا يصحُّ الوقفُ إِلاَّ في عينٍ معيَّنةٍ . فإِنْ وَقفَ عيناً في ذمَّتهِ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ إِبطالٌ لمعنىٰ المِلكِ فيها ، فلَم يصحَّ في عينٍ بذمَّتِهِ ، كالعتقِ .

---

(١) في هامش نسخة : (وابن الصباغ قطع بالمنع أيضاً) .
(٢) في (م) : (وجهان) .
(٣) **الاستيلاد** : طلب الولد من الأمة بأن يفترشها سيدها .

فإِنْ قالَ : وَقفتُ أَحدَ هؤلاءِ العبيدِ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّه تمليكٌ منجَّزٌ ، فلَم يصحَّ في عينٍ غيرِ معيَّنةٍ ، كالبيعِ والهبةِ .

فرعٌ : [وقف المشاع] :

ويصحُّ الوقفُ في المقسومِ والمشاعِ ، وبهِ قالَ مالكٌ وأَبو يوسفَ .

وقالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ : لا يصحُّ الوقفُ في المشاعِ(١) .

دليلُنا : حديثُ عمرَ : (أَنَّهُ وَقفَ مئةَ سهمٍ بخيبرَ) . وهٰذا وَقفُ مشاعٍ .

ويصحُّ وقفُ علوِ الدارِ دونَ سُفْلِها ، أَو سُفْلِها دونَ عُلوِها ؛ لأَنَّهما كالعينَينِ .

مسأَلةٌ : [الوقف فيما فيه طاعة] :

ولا يصحُّ الوقفُ إِلاَّ علىٰ ما فيهِ طاعةٌ للهِ ، كالوقفِ علىٰ أَولادهِ أَو علىٰ قَرابتهِ أَوِ الفقراءِ وَالمساكينِ وطلبةِ العلمِ ، وكالوقفِ علىٰ المساجدِ والسقاياتِ والقناطرِ والمقابرِ ؛ لمَا ذكرناهُ مِنْ أَخبارِ الصحابةِ .

فإِنْ كانَ الوقفُ علىٰ غيرِ معيَّنٍ . . لَم تَفتقِرْ صحَّتُهُ إِلىٰ قَبولِ الموقوفِ عليهِ .

وإِنْ كانَ علىٰ معيَّنٍ . . فهلْ تَفتقرُ صحَّتُهُ إلى قَبولِ الموقوفِ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

الصحيحُ : أَنَّهُ لا يَفتقرُ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٥٢] : يَفتقرُ إِلىٰ قَبولِهِ .

ومَنْ قالَ : لا يَفتقرُ إِلىٰ القَبولِ . . فإِنَّ الموقوفَ عليهِ إِذا كانَ معيَّناً ، وردَّ الوقفَ . . بَطلَ الوقفُ عليهِ .

وإِنْ وَقفَ علىٰ آدميٍّ . . فلا بدَّ أَنْ يكونَ موجوداً حيّاً يومَ الوقفِ عليهِ .

وإِنْ وَقفَ علىٰ ميتٍ ، أَو علىٰ مَنْ يولدُ لَه . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّه عقدُ تمليكٍ في حالِ الحياةِ ، فلَم يصحَّ إِلاَّ علىٰ موجودٍ حيٍّ ، كالهبةِ والبيعِ .

---

(١) الخلاف مبني هنا علىٰ الخلاف في اشتراط تسليم الوقف وعدمه .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ قالَ : (ولا يجوزُ أَنْ يُخرجَهَا مِنْ مِلكهِ إلاَّ إلىٰ مالكِ منفعةٍ يومَ يُخرِجُها إِليهِ) .

فإِنْ قالَ قائلٌ : لِمَ قالَ الشافعيُّ : (لا يجوزُ الوقفُ إلاَّ علىٰ مالكٍ) وعندَهُ يجوزُ الوقفُ علىٰ المساجدِ والسقاياتِ والقناطرِ والمقابرِ ؟!

قُلنا : عَنْ ذٰلكَ جوابانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الوقفَ علىٰ المساجدِ والسقاياتِ والقناطرِ والمقابرِ وقفٌ علىٰ المسلمِينَ في الحقيقةِ ؛ لأَنَّ منفعةَ هٰذهِ الأَشياءِ ترجعُ إِليهم .

والثاني : أَنَّهُ أَرادَ بذٰلكَ : إذا وَقفَ علىٰ الآدميِّ . . فلا يصحُّ الوقفُ إلاَّ علىٰ موجودٍ حيٍّ . فأَمَّا الميتُ والمعدومُ : فلا يصحُّ الوقفُ عليهِ .

فإِنْ قيلَ : أَليسَ لو وَقفَ علىٰ أَولادهِ وعَقبِهِم . . جازَ ، وإِنْ كانَ العَقْبُ لَم يُخلَقْ ؟

قُلنا : إِنَّما جازَ ذٰلكَ علىٰ سبيلِ التبَعِ للموقوفِ عليهِ الموجودِ .

فرعٌ : [الوقف علىٰ ذميٍّ] :

وإِنْ وَقفَ مسلِمٌ أَو ذمِّيٌّ علىٰ ذِمِّيٍّ . . صحَّ الوقفُ ؛ لأَنَّه يصحُّ أَنْ يملِكَ بصدَقَةِ التطوُّعِ . . فصحَّ الوقفُ عليهِ ، كالمسلِمِ .

وإِنْ وَقفَ مسلِمٌ أَو ذِمِّيٌّ علىٰ كنائسِ أَهلِ الذمَّةِ وبِيَعِهِم . . لَم يصحَّ الوقفُ ؛ لأَنَّها مجامعُ الكفرِ ومَشاتِمُ الرسولِ ﷺ .

وكذٰلكَ الوقفُ علىٰ خادِمِها . . لا يصحُّ ؛ لأَنَّ خِدْمَتَها مِنْ عمَارَتِها .

وإِنْ وَقفَ علىٰ النازلينَ في الكنائسِ مِنَ المارَّةِ مِنْ أَهلِ الذمَّةِ . . قالَ ابنُ الصبَّاغِ : صحَّ الوقفُ ؛ لأَنَّه وَقفٌ علىٰ أَهلِ الذمَّةِ دونَ الكنائسِ والبِيَعِ .

وإِنْ وَقفَ شيئاً علىٰ كتبِ التوراةِ والإِنجيلِ . . لم يصحَّ ؛ لأَنَّها مبدَّلةٌ مغيَّرةٌ ، فلا حُرمةَ لها .

وإِنْ وَقفَ شيئاً علىٰ مَنْ يقطعُ الطريقَ ، أَو يَرتدُّ عَنِ الدِّينِ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّ الوقفَ

لا يصحُّ إلاَّ علىٰ بِرٍّ ، وهٰذا إعانةٌ علىٰ المعصيةِ .

وإنْ وَقفَ علىٰ مرتدٍّ أَو حربيٍّ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إسحاقَ :

أَحدُهما : يصحُّ ، كما يصحُّ الوقفُ علىٰ الذمِّيِّ .

والثاني : لا يصحُّ ؛ لأَنَّه مأمورٌ بقتلِهِما ، فلا معنىٰ للوقفِ عليهما . وهٰذا يبطلُ بالزاني المحصَنِ ، فإنَّه مأمورٌ بقتلِهِ ، ويصحُّ الوقفُ عليهِ .

فرعٌ : [الوقف علىٰ بهيمة رجل] :

وإنْ وَقفَ علىٰ بهيمةِ رجلٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحَدُهُما : لا يصحُّ ؛ لأَنَّها لا تَملِكُ ، فلَمْ يصحَّ الوقفُ عليها .

والثاني : يصحُّ . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : **وهوَ ظاهرُ المذهبِ** ؛ لأَنَّ ذٰلكَ وَقفٌ علىٰ مالِكِها ، قالَ : إلاَّ أَنَّه يُنفِقُ منهُ عليها ، فإذا نَفَقَتْ ـ أي : ماتَتْ ـ كان لصاحِبِها . وأَمَّا إذا وقفَ علىٰ عبدٍ أَو أُمِّ وَلدٍ . . ففيهِ طريقانِ :

قالَ الشيخانِ ـ أَبو حامدٍ وأَبو إسحاقَ ـ: لا يصحُّ الوقفُ عليهِما ؛ لأَنَّه تمليكٌ منجَّزٌ ، فلَم يصحَّ علىٰ العبدِ ، كالهبةِ[1] .

وقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المجرَّدِ » : يبني علىٰ القولينِ في أَنَّه : هلْ يملكُ إذا ملَّكَهُ السيِّدُ ؟

فإنْ قُلنا : إنَّه يملكُ . . صحَّ الوقفُ عليهِ[2] . فإذا أُعتقَ . . كانَ لَه ، مثلُهُ[3] .

وإنْ قُلنا : إنَّه لا يملكُ . . فهوَ كما لَو وَقفَ علىٰ بهيمةِ غيرِهِ ، علىٰ وَجهينِ : **الصحيحُ** : يصحُّ .

---

(١) في هامش نسخة : (أراد أنه لا يملك بل يدخل في ملك السيد . « حلية العلماء ») .

(٢) في حاشية نسخة (المذهب فيما إذا وقفه علىٰ العبد نفسه أنه باطل ، وأنه إذا أطلق الوقف عليه يصح ويكون وقفاً علىٰ سيده . . .) .

(٣) في هامش نسخة : (وعلىٰ قياس هٰذا إذا باعه أو وهبه يكون الوقف مستمراً) . و(مثله) أي : مثل . صحة الوقف .

مسأَلةٌ : [وقف علىٰ نفسه ثم الفقراء] :

إِذا وقفَ شيئاً علىٰ نَفْسِهِ ، ثمَّ علىٰ الفقراءِ والمساكينِ . أَو علىٰ نَفْسِهِ وأَولادِهِ ، ثمَّ علىٰ الفقراءِ . . لَم يصحَّ الوقف علىٰ نَفْسِهِ .

وقالَ ٱبنُ أَبي ليلىٰ ، وٱبنُ شُبرُمةَ ، وأَبو يوسفَ ، وأَحمدُ : (يصحُّ) . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وإِليهِ ذهبَ أَبو العبَّاسِ وأَبو عبدِ اللهِ الزبيريِّ مِنْ أَصحابِنا ؛ لِما رويَ : أَنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ لمَّا وَقفَ قالَ : (لا بأسَ علىٰ مَنْ وَليَها أَنْ يأكُلَ منها غيرَ متأَثِّلٍ مالاً) . فجعلَ لمَنْ يليها أَنْ يأكلَ منها . وقد يليَها الوَاقفُ وغيرُهُ . وقد كانتْ بيدِهِ إِلىٰ أَنْ ماتَ .

ورويَ : أَنَّ عثمانَ رضي الله عنه لمَّا وَقفَ بئرَ رومةَ قالَ : (دلوي منها كدلاءِ المسلِمينَ)[1] ولأَنَّ الوقفَ وَقفانِ : وقفٌ خاصٌّ ، ووقفٌ عامٌّ . ثمَّ ثبتَ : أَنَّ الوقفَ العامَّ لَه فيهِ حظٌّ ، وهوَ : إِذا وقفَ مسجداً أَو سِقايةً . . فإِنَّ لَه أَنْ يصلِّيَ في المسجدِ ، ويشربَ من السقايةِ ، فكذٰلكَ في الوقفِ الخاصِّ .

ودليلُنا : أَنَّ الوقفَ تمليكٌ للرقَبةِ والمنفعةِ ، فلا يجوزُ أَنْ يُملِّكَ نَفْسَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، كما لا يجوزُ ذٰلكَ في البيعِ والهبةِ . وأَمَّا حديثُ عُمرَ : فمحمولٌ علىٰ أَنَّه شرطَ ذٰلك لغيرِهِ .

وأَمَّا حديثُ عثمانَ : فلأَنَّ ذٰلكَ وَقفٌ عامٌّ ، وهوَ يدخلُ في العامِّ مِنْ غيرِ شرطٍ .

إِذا ثَبتَ هٰذا ، وأَنَّ وَقفَهُ علىٰ نَفْسِهِ لا يصحُّ : فإِنَّه يكونُ وَقفاً منقطعَ الابتداءِ متَّصلَ الانتهاءِ ، علىٰ ما يأتي بيانُهُ .

---

(١) أخرجه من طريق ثمامة بن حزن القشيري عن عثمان رضي الله عنه البخاري تعليقاً في الوصايا ، باب (١٤) ، والترمذي (٣٠٧٤) في المناقب ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٦٠٨) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ١٩٦) في الأحباس .
قال الترمذي : هٰذا حديث حسن ، وقد روي من غير وجه عن عثمان .

فرعٌ : [التحبيس علىٰ الولد بشرط] :

قالَ في « البويطيِّ » : (إِذا قالَ : داري حَبْسٌ علىٰ وَلدي ، ثمَّ مَرجِعُها إِليَّ إِذا ٱنقرضَ . . فالحبسُ باطلٌ) . وقدْ قيلَ : جائزٌ ، ويرجعُ إِلىٰ أَقربِ الناسِ بالمُحبِّسِ .

مسأَلةٌ : [الوقف المعلق أو علىٰ التخيير] :

وإِنْ قالَ : وَقفتُ داريَ هٰذهِ علىٰ أَحدِ هٰذينِ الرجُلينِ ، أَو علىٰ مَنْ يختارُهُ فلانٌ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّه تمليكٌ منجَّزٌ ، فلَم يصحَّ علىٰ غيرِ معيَّنٍ ، كالبيعِ .

وإِنْ قدَّرَ الوقفَ بمدَّةٍ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : لا يصحُّ مِنْ غيرِ تفصيلٍ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٤٩] : إِذا قالَ : وَقفتُ داريَ هٰذهِ علىٰ زيدٍ سنةً ، ثمَّ تعودُ ملكيَ بعدَ السنةِ . . ففيها ثلاثةُ أَقوالٍ[(١)] :

أَحدُها : لا يصحُّ الوقفُ ؛ لأَنَّ مقتضىٰ الوقفِ التأبيدُ ، وليسَ هٰذا بمؤبَّدٍ .

والثاني : يصحُّ الوقفُ ، ويرجعُ إِليهِ بعدَ السنةِ ، فكأَنَّه جعلَ غيرَهُ أَحقَّ بمنفعةِ الدارِ هٰذهِ السنةَ بإِجارَةٍ أَو إِعارَةٍ .

والثالثُ : يكونُ كما لو قالَ : وَقفتُها علىٰ زيدٍ وأَولادِهِ ، وأَطلقَ . . فيكونُ وَقفاً متَّصلَ الابتداءِ منقطعَ الانتهاءِ ، علىٰ ما يأتي بيانُهُ .

وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وإِنْ قالَ : وَقفتُها علىٰ زيدٍ سنةً ، وأَطلقَ . . فإِنَّه وَقْفٌ متَّصلُ الابتداءِ منقطعُ الانتهاءِ ، علىٰ ما يأتي بيانُهُ .

وإِنْ قالَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ زيدٍ سنةً ، ثمَّ بعدَ السنةِ علىٰ الفقراءِ والمساكينِ . . فظاهرُ كلامِ ٱبنِ الصبَّاغِ أَنَّه يصحُّ قولاً واحداً . وقد ذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ما يدلُّ علىٰ ذٰلكَ في التي بعدها .

---

(١) لكن قال في « التنبيه » : قولان . من هامش نسخة .

مسأَلَةٌ : [الوقف علىٰ أحوال] :

وإذا وَقفَ وَقفاً : فلا يخلو مِنْ أَربعةِ أَحوالٍ : إمَّا أَنْ يكونَ معلومَ الابتداءِ والانتهاءِ ، أَو يكونَ مجهولَ الابتداءِ والانتهاءِ ، أَو يكونَ معلومَ الابتداءِ مجهولَ الانتهاءِ ، أَو يكونَ مجهولَ الابتداءِ معلومَ الانتهاءِ .

فإنْ كانَ معلومَ الابتداءِ والانتهاءِ . . صحَّ الوقفُ ، وذٰلكَ يُتصوَّرُ مِنْ وَجهينِ :

أَحدُهما : أَنْ يقِفَهُ علىٰ قومٍ معيَّنينَ بالصفةِ لا يجوزُ بحكمِ العادةِ ٱنقطاعُهُم ، مثلُ : أَنْ يَقِفَهُ علىٰ الفقراءِ والمساكينِ ، أَو علىٰ طَلَبةِ العلمِ ، أَو أَبناءِ السبيلِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ ، أَو علىٰ قبيلةٍ لاَ تنقطعُ ، كبني تميمٍ .

الثاني : أَنْ يَقِفَهُ علىٰ قومٍ معيَّنينَ ينقطعونَ في العادةِ ، ثمَّ بعدَهُم علىٰ مَنْ لا يَنقطِعُ ، مثلُ أَنْ يَقِفَهُ علىٰ أَولادهِ وأَولادِ أَولادهِ ، فإذا ٱنقرضوا ، فعلىٰ الفقراءِ والمساكينِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ولا يجوزُ أَنْ يكونَ الابتداءُ معلوماً بالصفةِ ، والانتهاءُ معلوماً بالتعيينِ ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ الفقراءِ والمساكينِ ، ثمَّ علىٰ أَولادي ، أَو علىٰ بني تميمٍ ؛ لأَنَّ هٰذا لا يفنىٰ ؛ لأَنَّ الدُّنيا لا تخلو مِنْ فقراءَ ومساكينَ .

قالَ : إلاَّ أَنْ يُقدِّرَهُ بمدَّةٍ ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقفْتُهُ علىٰ الفقراءِ وَالمساكينِ سنةً ، أَو عشرَ سنينَ ، ثمَّ علىٰ أَولادي ، ثمَّ علىٰ بني تميمٍ ، فيصحُّ .

فإنْ كانَ الوقفُ مجهولَ الابتداءِ والانتهاءِ ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقفْتُ داريَ علىٰ أَولادي ، ولا أَولادَ لَه ، أَو علىٰ رجالٍ ، أَو علىٰ حَمْلِ هٰذهِ المرأَةِ . . فلا يصحُّ الوَقفُ ؛ لأَنَّ الوَقفَ تمليكٌ للرَّقَبةِ والمنفعةِ ، فلَمْ يصحَّ علىٰ مَنْ لا يَملِكُ ، كما لا يصحُّ البيعُ والإجارةُ مِنْ غيرِ ملكٍ .

فإنْ كانَ الوَقفُ معلومَ الابتداءِ مجهولَ الانتهاءِ ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقفْتُ هٰذا علىٰ أَولادي ، ويسكتَ ، ولَه أَولادٌ ، أَو علىٰ أَولادي وأَولادِ أَولادي ما تناسَلُوا وتعاقَبُوا ،

ولَم يصرفْهُ بعدَ انقراضِهم علىٰ سبيلٍ لا ينقطعُ . . ففيهِ قولانِ :

أحدُهما : أنَّ الوقفَ باطلٌ . وبهِ قالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ ؛ لأنَّ مقتضىٰ الوقفِ التأبيدُ ، وهٰذا ليسَ بمؤبَّدٍ ؛ لأنَّ نَسْلَهُ قدْ ينقطعُ ، فلَم يصحَّ الوقفُ ، كما لو كانَ مجهولَ الابتداءِ والانتهاءِ .

والثاني : يصحُّ الوقفُ . وبهِ قالَ مالكٌ ؛ لأنَّ ابتداءَ الوقفِ معلومٌ ، ويمكنُ نقلُهُ إلىٰ غيرِهِ بعدَ انقراضِهِ ، فصحَّ ، كما لَو كانَ معلومَ الابتداءِ والانتهاءِ .

فإذا قُلنا : إنَّ الوقفَ باطلٌ . . فإنَّ الموقوفَ يكونُ باقياً علىٰ مِلكِ الواقفِ .

وإذا قُلنا : إنَّ الوقفَ صحيحٌ . . فإنَّ الوقفَ يُصرفُ إلىٰ الموقوفِ عليهِم ما داموا . فإذا انقرَضوا . . ففيهِ ثلاثةُ أقوالٍ حكاها المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٤٧] :

أحدُها : يُصرَفُ إلىٰ المساكينِ ؛ لأنَّهم هُمُ الذينَ يَؤُولُ إليهِمُ الوقفُ الصحيحُ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أبي يوسفَ ـ : أنَّه يرجعُ ملكاً إلىٰ الواقِفِ إنْ كانَ باقياً ، أو إلىٰ وَارثِهِ إنْ كانَ ميتاً ؛ لأنَّه جعلَهُ وَقفاً علىٰ مَنْ سمَّاهُ ، فلا يجوزُ أَنْ يكونَ وَقفاً علىٰ غيرِهِ ، فرَجَعَ إلىٰ الوَاقفِ .

والثالث ـ وهوَ **الصحيحُ** ، ولَم يذكرْ أصحابُنا البغداديُّونَ غيرَهُ ـ : أنَّه يُنقَلُ إلىٰ أَقربِ الناسِ بالواقفِ ؛ لأنَّ مِلكَهُ قدْ زالَ عنه[1] علىٰ وَجهِ القُربَةِ ، فلَمْ يَعُدْ إليهِ ، كما لو أَعتقَ عبداً . وإذا لَم يَعُدْ مِلكُهُ إليهِ . . كانَ أَقاربُهُ بعدَ مَنْ سمَّاهُ أَولىٰ ؛ لأنَّه قصدَ جهةَ الثوابِ وأَولىٰ جهاتِ الثوابِ أَقاربُهُ ؛ لقولهِ ﷺ : « لا صَدَقَةَ وَذُوْ رَحِمٍ مُحْتَاجٌ »[2] ، وقولهِ ﷺ : « صَدَقَتُكَ علىٰ ٱلمَسَاكِيْنِ صَدَقَةٌ ، وَعَلىٰ ذِيْ رَحِمٍ ٱثْنَتَانِ : صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ »[3] .

---

(١) في نسخة : (يدعه) .

(٢) لم أره .

(٣) أخرجه عن سلمان بن عامر أبو عبيد في « الأموال » (٩١٦) ، والترمذي (٦٥٨) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٢٥٨٢) ، وابن ماجه (١٨٤٤) ، وابن خزيمة في « صحيحه » (٢٣٨٥) ، وابن حبان في « الإحسان » (٣٣٤٤) ، والحاكم في « المستدرك »(١/٤٠٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٤/ ١٧٤) في الزكاة بإسناد صحيح ، قال الترمذي : حسن وفيه ألفاظ : =

فإذا قُلنا بهٰذا : قال المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٤٦] : فٱختلفَ أَصحابُنا في أَقربِ الناسِ إِليهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : هُم وَرَثتُهُ الَّذينَ جعلَهُم اللهُ أَحقَّ بميراثِهِ .

وقالَ ٱبنُ سريجٍ : أَقرَبُهم جِواراً لا قرابةً ؛ لأَنَّ الشافعيَّ قالَ : (يُصرفُ إِلىٰ أَقربِ الناسِ بالواقفِ) وأَقربُهم بهِ : جارُهُ .

ومنهُم مَنْ قالَ : أَقرَبُهم بهِ رحِماً وإِنْ لَم يكنْ وَارِثاً . **وهٰذا هوَ المشهورُ** .

فعلىٰ هٰذا : إِنْ كانَ هناكَ ٱبنُ بنتٍ أَوِ ٱبنةُ بنتٍ ، وٱبنُ عمٍّ . . كانَ ٱبنُ البنتِ أَوِ ٱبنةُ البنتِ أَولىٰ مِنِ ٱبنِ العمِّ .

وإِنْ كانَ هناكَ قرابةٌ لَه ذكورٌ ونساءٌ : سوَّىٰ بينهُم ، فيقدِّمُ الأَقربَ فالأَقربَ . فأَقرَبُهم الأَولادُ ، ثمَّ أَولادُهم وإِنْ سَفَلوا . فإِنْ لَم يكنْ أَحدٌ منهُم . . فالأَبوانِ . فإِنِ ٱجتمعا . . ٱستويا . فإِنِ ٱجتمعَ لَه جدٌّ وأَخٌ لأَبٍ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّهما سواءٌ ، كما قُلنا في الميراثِ .

والثاني : أَنَّ الأَخَ أَولىٰ ؛ لأَنَّ تَعصيبَهُ تعصيبُ الأَولادِ .

وهلْ يختصُّ بهِ فقراؤُهُم ، أَو يشتركُ بهِ الأَغنياءُ والفقراءُ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يَشتركُ فيهِ الأَغنياءُ والفقراءُ ؛ لأَنَّ ٱسمَ القَرابةِ يجمعهُم .

والثاني : يختصُّ بهِ الفقراءُ ؛ لأَنَّ القصدَ منهُ القُربةُ ، والقُربةُ في الفقراءِ أَكثرُ ثواباً مِنَ الغنيِّ .

فإِنْ كانَ الوقفُ مجهولَ الابتداءِ معلومَ الانتهاءِ ، مثلُ أَنْ يقفَ علىٰ وَلدِهِ ولا وَلدَ لَه ، ثمَّ علىٰ الفقراءِ . أَو علىٰ قومٍ غيرِ معيَّنينَ ثمَّ علىٰ الفقراءِ ، أَو علىٰ زيدٍ ثمَّ علىٰ الفقراءِ فردَّ زيدٌ الوقفَ . . فإِنَّ الوقفَ يَبطلُ عليهِ . وهلْ يبطلُ الوقفُ علىٰ الفقراءِ في هٰذهِ المسائلِ[1] ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

= « الصدقة علىٰ المسكين صدقة » و : « إن الصدقة علىٰ المسكين صدقة » .

(١) (قال الشيخ زيد اليفاعي في « فتاويه » : متىٰ صح الوقف علىٰ الموقوف عليه بوجود شرائطه . .=

فقالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : هيَ علىٰ قولينِ كالَّتي قبلَها . وقدْ **نصَّ الشافعيُّ** علىٰ القولينِ فيها في « حرملةَ » ؛ لأَنَّ الجهالةَ دَخلتْ في أَحدِ طرفي الوقفِ ، فهوَ كما لَو دَخلتْ في الانتهاءِ .

وقالَ أَبو إِسحاقَ : يَبطلُ الوقفُ هاهُنا قولاً واحداً ، **وهوَ المنصوصُ** في « المختصرِ » ؛ لأَنَّ الثانيَ فرعٌ لأَصلٍ باطلٍ ، فكانَ باطلاً .

فإِذا قُلنا : إِنَّهُ باطلٌ . . فلا كلامَ .

وإِذا قُلنا : إِنَّهُ صحيحٌ . . فلا حقَّ للبطنِ الأَوَّلِ فيهِ . وهلْ ينقلُ الوقفُ إِلىٰ البطنِ الثاني ؟ ينظرُ فيهِ :

فإِنْ كانَ البطنُ الأَوَّلُ لا يمكنُ ٱعتبارُ ٱنقراضِهِ كرجلٍ غيرِ معيَّنٍ . . نُقلَ الوقفُ في الحالِ إِلىٰ البطنِ الثاني .

وإِنْ كانَ الأَوَّلُ يمكنُ ٱعتبارُ ٱنقراضِهِ كأُمِّ وَلدهِ ، أَو وَقفَ علىٰ وَارثهِ في مرضِ موتهِ ، ثمَّ علىٰ الفقراءِ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنَّهُ يُنقلُ في الحالِ إِلىٰ البطنِ الثاني ؛ لأَنَّ الوقفَ لَم يصحَّ علىٰ الأَوَّلِ ، فكانَ وُجودُهُ كعدَمِهِ .

والثاني : أَنَّهُ يرجعُ إِلىٰ الواقفِ إِنْ كان حيّاً ، أَو إِلىٰ وَارثهِ إِنْ كانَ ميتاً ، إِلىٰ أَنْ ينقرضَ البطنُ الأَوَّلُ ؛ لأَنَّه لا يمكنُ نقلُهُ إِلىٰ الثاني في الحالِ ؛ لأَنَّه شَرطَ في صرفهِ إِليه ٱنقراضَ الأَوَّلِ ، فبقيَ علىٰ مِلكِ الواقفِ .

والثالثُ ـ وهوَ ٱختيارُ ٱبنِ الصبَّاغِ ـ : أَنَّهُ يُنقلُ إِلىٰ أَقربِ الناسِ بالواقفِ إِلىٰ أَنْ ينقرضَ الأَوَّلُ ، ثمَّ يُنقلُ إِلىٰ الثاني ، كما قلنا في الوقفِ المعلومِ ٱلابتداءِ ، المجهول ٱلانتهاءِ .

= لم يكن له ردُّه ، كالهبة المقبوضة لا يملك ردَّها . ولعله أراد به قبض الموقوف عليه ـ بعد القبول ـ لأنه يفهم من تشبيهه بالهبة . وأما القبض : فاشترط بلا خلاف علىٰ المذهب) كذا جاء في حاشية نسخة .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وقدْ نصَّ الشافعيُّ في « حرملةَ » : (أَنَّ رجلاً لَو وَقفَ دارَهُ في مرضِ موتهِ علىٰ وَلدهِ ، ووَلدِ وَلدهِ . . صحَّ الوقفُ في نصفِ الدارِ علىٰ وَلدِ الوَلدِ ، ولَم يصحَّ في النصفِ علىٰ الولدِ ؛ لأنَّه وَارثٌ . فيكونُ للولدِ أَخذُ نصفِ غلَّةِ الوقفِ ما عاشَ ، فإذا ماتَ . . صارَ ذٰلكَ لوَلَدِ الوَلدِ) فجعلَ للوَلدِ أَخذَ نصفِ الغَلَّةِ بحقِّ الملكِ ، فإذا ماتَ . . نُقلَ إلىٰ وَلدِ الوَلدِ .

فإذا قُلنا : إنه ينقل إلىٰ أَقرباءِ الواقفِ . . فهلْ يختصُّ بهِ فقراؤُهم ، أَو يَشتركُ فيهِ أَغنياؤُهم وفقراؤُهم ؟ علىٰ ما مضىٰ مِنَ القولينِ .

فرعٌ : [وقف داره علىٰ اثنين ولم يذكر من بعدهما] :

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٤٧] : لَو وَقفَ دارَهُ علىٰ زيدٍ وَعَمرٍو ، وسكتَ عَنْ ذِكرِ مَنْ بعدَهُما ، وقُلنا : يصحُّ ، فماتَ أَحدُهما . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يَرجعُ نصيبُ الميِّتِ إلىٰ الباقي منهُما ؛ لأَنَّها موقَّفَةٌ عليهِما ، فكانَ الباقي منهُما أَحقَّ بها .

والثاني : يُصرفُ نَصيبُ الميِّتِ منهُما إلىٰ ما يُصرفُ جميعُها إذا ماتا ، علىٰ ما مضىٰ .

فرعٌ : [لم يذكر الموقوف عليه] :

وإنْ قالَ : وَقفْتُ داري ، أَو تَصدَّقتُ بهِ صدَقَةً مُحرَّمةً ، ولَم يَقُلْ علىٰ مَنْ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : إنَّ الوقفَ باطلٌ ؛ لأَنَّ الوقفَ تمليكٌ فلا بدَّ مِنْ مُمَلَّكٍ ، كالبيعِ والهبةِ ، ولأَنَّه لا خلافَ أَنَّهُ لَو قالَ : وَقفتُ داريَ علىٰ أَقوامٍ أَو رجالٍ ، أَنَّه لا يصحُّ الوقفُ وقد ذَكرَ الموقوفَ عليهِ . . فبأَنْ لا يصحَّ ولَم يذكُرْهُ أَولىٰ .

والثاني : يصحُّ الوقفُ ؛ لأَنَّ القصدَ مِنَ الوقفِ القُربةُ ، فصحَّ وإنْ لَم يذكرِ الواقفُ الموقوفَ عليهِ ، كما لَو قالَ : عليَّ للهِ أَنْ أُضحِّيَ بهٰذهِ الشاةِ . ولأَنَّه لَو قالَ : أَوصيتُ

بثلثي وأَطلقَ . . لصحَّتِ الوصيَّةُ وصُرِفَتْ إِلىٰ الفقراءِ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ . ويفارقُ البيعَ والهبةَ ؛ لأنَّه ليسَ لهُما مصرَفٌ معروفٌ . ويفارقُ إذا وَقفَ علىٰ قومٍ أَو رجالٍ غيرِ معيَّنينَ ؛ لأنَّا لو صحَّحناهُ ورَددناهُ علىٰ قومٍ . . ربَّما أَخطأْنا مرادَهُ إِنْ كانَ قصدُهُ غيرَهُم .

فإذا قُلنا : إِنَّ الوقفَ صحيحٌ . . فإِنَّ الوقفَ يُصرفُ إِلىٰ أَقرباءِ الواقفِ ؛ لأَنَّهم أَولىٰ جهاتِ الثوابِ .

قالَ الشافعيُّ : (ويستوي فيهِ الأَغنياءُ والفقراءُ) .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فنصَّ علىٰ أَحدِ القولينِ ، ويجيءُ فيهِ القولُ الآخَرُ أَنَّهُ يختصُّ بهِ فقراؤُهم .

مسأَلةٌ : [يشترط للوقف القول] :

ولا يصحُّ الوقفُ إِلاَّ بالقولِ . وأَلفاظُهُ ستَّةٌ :

وَقفْتُ ، وحبَّسْتُ ، وسبَّلْتُ ، وتصَدَّقْتُ ، وحرَّمْتُ ، وأَبَّدْتُ .

فأَمَّا الوقفُ : فهوَ صريحٌ ؛ لأنَّه لا يصلُحُ في عُرفِ اللُّغةِ إِلاَّ لذٰلكَ .

وأَمَّا التحبيسُ ، والتسبيلُ : فهما صريحانِ أَيضاً ؛ لأَنَّ الشرعَ وردَ بهما ، وهوَ قولُ النبيِّ ﷺ : « حَبِّسِ ٱلأَصْلَ وَسَبِّلِ ٱلثَّمَرَةَ » ولا يصلُحانِ في اللُّغةِ إِلاَّ لذٰلكَ .

أَمَّا الصدَقةُ : فهوَ كنايةٌ . فإِنْ نوىٰ بهِ الوقفَ . . صارَ وقفاً فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالىٰ دونَ الحكمِ ، إِلاَّ أَنْ يقولَ : أَنا نويتُ بهِ الوقفَ ، فيصيرُ وقفاً فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالىٰ وفي الحكمِ ؛ لأَنَّ هٰذهِ اللَّفظةَ مشترَكةٌ بينَ صدَقةِ الفرضِ والتطوُّعِ ، وهيَ في صدَقةِ التطوُّعِ أَظهرُ .

فإِنْ قرَنَ بالصدَقةِ لَفْظةً مِنْ أَلفاظِ الوقفِ ، بأَنْ قالَ : صدقةٌ موقوفةٌ ، أَو مُحبَّسةٌ ، أَو مُسبَّلةٌ ، أَو محرَّمةٌ ، أَو مؤبَّدةٌ ، أَو قرنَ بها حكماً مِنْ أَحكامِ الوقفِ ، بأَنْ قالَ : صدقةٌ لا تباعُ ، ولا توهبُ ، ولا تُورثُ . . صارَ ذٰلكَ وقفاً ؛ لأَنَّ ٱنضمامَ ذٰلكَ إِلىٰ لفظِ الصدَقةِ لا يحتملُ غيرَ الوقفِ .

وأَمَّا قولُه : حرَّمْتُ ، وأَبَّدْتُ : ففيهما وَجهانِ :

أَحدُهما : أَنّهما كنايةٌ . وهوَ ٱختيارُ المحامليِّ ؛ لأَنَّ قولَهُ حَرَّمْتُ : يقتضي تحريماً عَنْ نَفْسهِ ، ولا يقتضي تمليكَ العينِ . والوقفُ يقتضي تمليكَ العينِ ، فلَم تكنْ صريحةً .

وقولُه أَبَّدْتُ : يقتضي التأبيدَ ، وليسَ لهٰذهِ اللّفْظةِ عُرفٌ مستعملٌ .

والثاني : أَنّهما صريحانِ . وهوَ ٱختيارُ ٱبنِ الصبَّاغِ ؛ لأَنَّ لَفْظةَ التحريمِ والتأبيدِ في الجماداتِ لا يَصلحانِ لغيرِ الوقفِ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : ولأَنَّ الشافعيَّ جعلَهما معَ لَفْظةِ الصدَقَةِ صريحينِ في الوقفِ . ولَو كانا كنايةً في الوقفِ. . لم تصرِ الصدَقَةُ بهما صريحاً ؛ لأَنَّ بإِضافةِ الكنايةِ إِلىٰ الكنايةِ لا يحصلُ الصريحُ .

فرعٌ : [يلزم الواقف للمسجد والمقبرة أن يتلفظ بذٰلك] :

فإِنْ بنىٰ مسجداً وأَذِنَ للناسِ في الصلاةِ فيهِ ، أَو أَذِنَ للناسِ في الدفنِ في أَرضهِ. . لَم يصيرا بذٰلكَ وقفاً .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِذا بنىٰ في دارهِ مسجداً ، وفتحَ بابه إِلىٰ الشارعِ ، وأَذِنَ للناسِ في الصلاةِ فيهِ ، أَو أَذِنَ للناسِ بالدفنِ في أَرضهِ. . صارَا بذٰلكَ وَقفاً) .

دليلُنا : أَنّه تحبيسُ عينٍ علىٰ وجهِ القُربةِ ، فكانَ مِنْ شرطهِ القولُ معَ القُدرةِ عليهِ ، كما لَو حبّسَ داراً علىٰ الفقراءِ والمساكينِ . وهٰذا[1] ٱحترازٌ مِنَ الأَخرسِ .

مسأَلةٌ : [صحة الوقف تزيل الملك] :

وإِذا صحَّ الوقفُ. . زالَ مِلكُ الواقفِ عَنِ الوَقفِ .

وحكىٰ أَبو العباسِ ابنُ سريجٍ فيهِ قولاً آخرَ : أَنّه لا يزولُ مِلكُهُ عَنِ الوقفِ ، وهوَ قولُ مالكٍ ، **والأَوّلُ هوَ المشهورُ** ؛ لأَنَّ الوقفَ سببٌ يَقطعُ تصرُّفَ الواقفِ في الرقَبةِ والمنفعةِ ، فأَزالَ المِلكَ ، كالعتقِ .

---

(١) في (م) : (وفيه) .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإلىٰ مَنْ ينتقلُ المِلكُ في الوقفِ ؟

نصَّ الشافعيُّ هاهُنا : (أَنَّ المِلكَ ينتقلُ فيهِ إلىٰ اللهِ تعالىٰ) **ونصَّ في** (الشهاداتِ) : (أَنَّ الرجلَ إذا ٱدَّعىٰ أَنَّ أَباهُ وَقفَ عليهِ ، وأَقامَ عليهِ شاهداً وَاحداً . . حلفَ معَهُ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : هٰذا يدلُّ علىٰ أَنَّ المِلكَ ٱنتقلَ إلىٰ الموقوفِ عليهِ ؛ لأَنَّه حُكمَ بثبوتِ الوَقفِ بشاهدٍ ويمينٍ ، ولوِ ٱنتقلَ إلىٰ اللهِ تعالىٰ . . لَم يُحكمْ بثبُوتهِ بشاهدٍ ويمينٍ ، كما قُلنا في العتقِ ، فتكونُ المسأَلةُ علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : يَنتقلُ المِلكُ فيهِ إلىٰ الموقوفِ عليهِ ، إلاَّ أَنَّه لا يَملِكُ التصرُّفَ في رَقَبتهِ ؛ لأَنَّ الوقفَ متموَّلٌ ، بدليلِ أَنَّه يجبُ علىٰ مُتلفِهِ القيمةُ ، وما كانَ متموَّلاً ، فإِنَّ المِلكَ فيهِ للآدميِّ ، كالحربيِّ إذا ٱسترِقَّ ، والصيدِ .

والثاني : أَنَّه يَنتقلُ إلىٰ اللهِ تعالىٰ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّه معنىً يُزيلُ المِلكَ ، لا يُقصدُ بهِ الانتفاعُ بالرَّقبةِ ، فٱنتقلَ إلىٰ اللهِ تعالىٰ كالعتقِ .

وقالَ أَبو العبَّاس : يَنتقلُ إلىٰ اللهِ تعالىٰ قولاً وَاحداً ؛ لِمَا ذكرناهُ . وإِنَّما حَكَمَ الشافعيُّ فيهِ بالشاهدِ واليمينِ ؛ لأَنَّ مِلكَ المنفعةِ للموقوفِ عليهِ ، والمنافعُ تثبتُ بالشاهدِ واليمينِ .

وحكىٰ القاضي أَبو الطيِّبِ طريقاً ثالثاً : أَنَّ المِلكَ يَنتقلُ إلىٰ الموقوفِ عليهِ قولاً واحداً . وحيثُ قالَ الشافعيُّ : (يَملكُ الموقوفُ عليهِ منفعتَهُ لا رَقبتَهُ) أَرادَ بهِ : لا يَملكُ بيعَ رَقبتِهِ ولا هِبتَها ، **والصحيحُ الطريقُ الأَوَّلُ** .

وأَمَّا منفعةُ الوقفِ : فإِنَّها مِلكٌ للموقوفِ عليهِ بلا خلافٍ .

فإِنْ كانَ الموقوفُ شجرةً . . مَلكَ الموقوفُ عليهِ ثَمرتَها ، وتجبُ فيها الزكاةُ ؛ لأَنَّه يملِكُها .

وإِنْ كانَ الموقوفُ نِصاباً مِنَ الماشيةِ علىٰ رجُلٍ تجبُ عليهِ الزكاةُ ، وحالَ عليها الحولُ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ المِلكَ فيها للهِ تعالىٰ . . لَم تجبْ فيها الزكاةُ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّها في مِلكِ الموقوفِ عليهِ ، فهلْ تجبُ عليهِ الزكاةُ ؟ فيهِ وجهانِ مضىٰ ذكرُهما في الزكاةِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإذا قُلنا : يجبُ عليهِ.. فإنَّه لا يُخرِجُها منها ، وإنَّما يُخرِجُها مِنْ مالِهِ ، ويملِكُ الموقوفُ عليهِ صوفَها ولبَنَها ؛ لأنَّه غَلَّتُها . وإنْ وَلَدَتْ أَولاداً بعدَ الوقفِ.. ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الولدَ مِلكٌ للموقوفِ عليهِ يجوزُ لَه بيعُهُ ؛ لأَنَّه مِنْ نمائِها ، فهوَ كثمرةِ الشجرةِ وكسبِ العبدِ .

والثاني : أَنَّ الولدَ يكونُ وَقفاً ، كالأُمِّ ؛ لأَنَّ كلَّ حكمٍ ثبتَ للأُمِّ ، تَبِعَها فيهِ الولدُ ، كأُمِّ الولدِ .

وإنْ وَقفَ بهيمةً حامِلاً.. قالَ ابنُ الصبَّاغِ :

فإنْ قُلنا : للحَملِ حكمٌ.. كانَ الولدُ وَقفاً .

وإنْ قُلنا : لا حُكمَ للحَملِ.. كانَ كالولدِ الحادِثِ بعدَ الوقفِ ، علىٰ الوجهينِ .

فرعٌ : [وطء الجارية الموقوفة] :

وإنْ كانَ الموقوفُ جاريةً فوَطِئَها الواقفُ ، أَو أَجنبيٌّ بشُبهَةٍ ، أَو أَكرهَها علىٰ الوطْءِ.. وَجبَ عليهِ المهرُ للموقوفِ عليهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مِنْ كسبِها .

ولا يجوزُ للموقوفِ عليهِ وَطؤُها قولاً واحداً ؛ لأَنَّه لا يملِكُها في أَحد القولينِ ، ويملِكُها في الثاني ، إلاَّ أَنَّه مِلكٌ ضعيفٌ ، بدليلِ أَنَّه لا يَملكُ بيعَها ولا هبتَها . والوطْءُ لا يكونُ إلاَّ في مِلكٍ تامٍّ ، فإنْ خالفَ ووَطِئَها.. لَم يجبْ عليهِ الحدُّ ؛ لأَنَّه وَطءُ شُبهةٍ ، ولا يجبُ عليهِ المهرُ ؛ لأَنَّه لَو وَطِئَها غيرُهُ وَطئاً يُوجبُ المهرَ.. لكانَ المهرُ الذي يُستحقُّ عليهِ للموقوفِ عليهِ ، فلا يجوزُ أَنْ يستحِقَّ مهرَها علىٰ نَفْسهِ .

وهلْ يجوزُ تزويجُها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ، كما يجوزُ إجارتُها .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأَنَّه يُخافُ عليها أَنْ تَحبلَ مِنَ الوَطْءِ ، وتموتَ منهُ ، فيَبطلَ حقُّ البطنِ الثاني منها .

وإذا قُلنا : يجوزُ تزويجُها.. فمَنْ يزوِّجُها ؟

إنْ قُلنا : إنَّ المِلكَ فيها للموقوفِ عليهِ . . زوَّجَها .

وإنْ قُلنا : إنَّه للهِ تعالىٰ . . زوَّجَها الحاكمُ بإذنِ الموقوفِ عليهِ ، ويجبُ لَه مهرُها .

وإنْ أَتتْ بوَلدٍ . . كانَ علىٰ الوجهينِ في وَلدِ البهيمةِ .

مسأَلةٌ : [تلف الموقوف] :

وإنْ أَتلفَ أَجنبيٌّ الوقفَ ، أَو أَتلفَهُ الواقفُ . . وَجبَ عليهِ قيمتُهُ ، ولمَنْ يكونُ ؟ فيهِ طريقانِ :

[الأَوّلُ] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : إذا قُلنا : إنَّ المِلكَ للموقوفِ عليهِ . . وَجبتْ لَه القيمةُ ، يتصرَّفُ فيها بما شاءَ .

وإنْ قُلنا : إنَّ المِلكَ للهِ تعالىٰ . . ٱشترىٰ بالقيمةِ شِقْصاً وأَوقفَهُ ويكونُ وَقفاً بالعينِ التي أُتلِفتْ .

و**[الطريق الثاني]** : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يَشتري بالقيمةِ مثلَ العينِ علىٰ القولينِ ، وهوَ ٱختيارُ ٱبنِ الصبَّاغِ ؛ لئلاَّ يَبطلَ حقُّ البطنِ الثاني منها .

فَإنْ كانَ الموقوفُ عبداً ، فقتلَهُ عبدٌ عمداً . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فعندي [(١)] أنَّه للموقوفِ عليهِ إذا قُلنا : إنَّ الموقوفَ عليهِ يستحقُّ قيمتَهُ ، أَنْ يثبتَ لَه القِصاصُ . وإنْ قُلنا : إنَّ المِلكَ للهِ تعالىٰ . . فإنَّ القِصاصَ إلىٰ الإمامِ إنْ رأَىٰ ذٰلكَ .

وإنْ قُطعتْ يدُهُ خطأً . . وَجبتْ فيها نصفُ قيمتِهِ ، وفيها وجهانِ :

أَحدُهما : تكونُ للموقوفِ عليهِ .

والثاني : يُشترىٰ بها شِقصٌ مِنْ عبدٍ .

وإنْ قَتلَهُ الموقوفُ عليهِ :

فإنْ قُلنا : إنَّ القيمةَ تصرفُ إليهِ . . لَم يجبْ عليهِ دفعُ القيمةِ ؛ لأَنَّه لا يستحقُّ شيئاً علىٰ نَفْسهِ ، كما لَو قتلَ عبدَ نَفْسهِ .

---

(١) في (م) : (فهو) .

وإنْ قُلنا : يشتري بالقيمةِ مثلَ العينِ . . أُخذتْ منهُ القيمةُ ، واْشتُرِيَ بها عبدٌ يكونُ وَقفاً كالأَوَّلِ ، وعلىٰ الموقوفِ عليهِ الكفَّارةُ بكلِّ حالٍ .

فرعٌ : [وطء الواقف أو الأجنبي بشبهة] :

وإنْ كانَ الموقوفُ جاريةً ، فوَطِئَها الواقفُ ، أَو أَجنبيٌّ بشبهةٍ ، فأَتَتْ منهُ بوَلَدٍ . . فإِنَّ الولدَ يكونُ حرّاً للشُّبهةِ ، ويجبُ عليهِ قيمتُهُ ؛ لأَنَّه أَتلفَ رِقَّهُ[1] باعتقادِهِ .

فإنْ قُلنا : إِنَّ الولدَ لو كان مملوكاً لكانَ للموقوفِ عليهِ . . وَجبتِ القيمةُ لَهُ .

وإنْ قُلنا : إِنَّ الولدَ يكونُ وَقفاً كأُمِّهِ لو كانَ مملوكاً . . ففي قيمةِ الولدِ طريقانِ ، كما قُلنا في قيمةِ الوقفِ إذا أَتلفَهُ أَجنبيٌّ ، أَو أَتلفَهُ الواقفُ .

ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ وَلدٍ للواطىءِ ؛ لأَنَّه وَطئَها في غيرِ مِلكهِ . وإنْ وَطِئَها الموقوفُ عليهِ وأَولدَ منها ولداً . . فإِنَّ الولدَ يكونُ حُرّاً ، سواءٌ علمَ تحريمَ الوطءِ أَو لَم يعلمْ ؛ لأَنَّه يملِكُها في أَحدِ القولينِ ، وله فيها شبهةُ مِلكٍ في القولِ الثاني . فإِنْ قُلنا بأَحدِ الوجهين ـ لَو كانَ الوَلدُ مملوكاً كانَ للموقوفِ عليهِ ـ لَم يجبْ عليهِ دفعُ قيمتِهِ . وإِنْ قُلنا : إِنَّ الولدَ يكونُ وَقفاً كأُمِّهِ . . بنيَ علىٰ الطريقينِ في العينِ الموقوفةِ إذا أَتلفَها أَجنبيٌّ ، فإِنْ قُلنا : تؤخذُ منهُ القيمةُ وتُسلَّمُ إِلىٰ الموقوفِ عليهِ . . لَم يجبْ علىٰ الموقوفِ عليهِ شيءٌ . وإِنْ قُلنا : يشتري بِها مثلَها . . أُخِذَتْ منهُ قيمةُ الولدِ ، واْشتُرِي بها مثلُهُ .

وهلْ تَصيرُ أُمَّ وَلدٍ للموقوفِ عليهِ ؟

إِنْ قُلنا إِنَّ المِلكَ فيها يَنتقلُ إِلىٰ الله تعالىٰ . . لَم تَصِرْ أُمَّ وَلدٍ لَه .

وإِنْ قُلنا : إِنَّ المِلكَ اْنتقلَ إِلىٰ الموقوفِ عليهِ . . صارتْ أُمَّ وَلدٍ لَه . فإِنْ ماتَ وهيَ باقيةٌ . . عَتقَتْ بموتهِ وأُخذتْ قيمتُها مِنْ تركتِهِ ، وكانَ الحكمُ فيها كما لَو أَتلفَها أَجنبيٌّ علىٰ الطريقينِ : منهُم مَنْ قالَ :

---

(١) في (م) : (رقبته) .

إنْ قُلنا : إنَّ المِلكَ يَنتقلُ إِلىٰ الله تعالىٰ . . آشترىٰ بالقيمةِ مثلَ الجاريةِ ، وتكونُ وَقفاً مكانَها .

وإِنْ قُلنا : إِنَّ المِلكَ آنتقلَ إِلىٰ الموقوفِ عليهِ . . صُرِفَتِ القيمةُ هاهُنا إِلىٰ أَهلِ البطنِ الثاني بعدَهُ .

ومنهُم مَنْ قالَ : يُشترىٰ بها مثلُ الجاريةِ علىٰ القولينِ .

فرعٌ : [جناية العبد الموقوف] :

وإِنْ جنىٰ العبدُ الموقوفُ علىٰ غيرِهِ :

فإِنْ كانتْ جِنايتُهُ تُوجِبُ ـ وآختارَ المجنيُّ عليهِ ـ القِصاصَ فآقتُصَّ منهُ . . فلا كلامَ ، فإِنْ كانَ علىٰ النَّفْسِ فقتلَهُ . . بطلَ الوقفُ ، كما لَو ماتَ . وإِنْ كانتْ فيما دونَ النَّفْسِ . . بقيَ الوقفُ فيما بقيَ منهُ .

وإِنْ كانتِ الجنايةُ خطأً ، أَو عمداً ، فعُفِيَ عنهُ علىٰ مالٍ . . وَجبَ الأَرْشُ ، ولا يجوزُ بيعُهُ ؛ لأَنَّ الوقفَ لا يجوزُ بيعُهُ .

فإِنْ قُلنا : إِنَّ مِلكَ الواقفِ لَم يَزُلْ عنهُ . . وَجبَ عليهِ أَرْشُ جِنايتهِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّ مِلكَ الوقفِ للموقوفِ عليهِ . . وَجبَ أَرْشُ الجنايةِ عليهِ ، بالغةً مَا بلغتْ حتَّىٰ لو جنىٰ جِناياتٍ كثيرةً . . وَجبَ عليهِ أَرْشُها .

قالَ آبنُ الصبَّاغِ : وهٰذا يدلُّ علىٰ ضعفِ هٰذاالقولِ ؛ لأَنَّه لا يجوزُ أَنْ يجبَ عليهِ أَرْشُ جنايةِ غيرِهِ علىٰ وجهٍ يُجحِفُ[1] بهِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّ المِلكَ فيهِ ينتَقِلُ إِلىٰ اللهِ تعالىٰ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ـ : أَنَّها تجبُ علىٰ الواقفِ ؛ لأَنَّه مُنِعَ مِنْ بيعهِ بسببٍ لَم يبلغْ بهِ حالةً يتعلَّقُ الأَرْشُ بذمَّتهِ ، فلزمَهُ الأَرْشُ ، كأُمِّ الولدِ .

والثاني : تجبُ في بيتِ المالِ ؛ لأَنَّه لا يمكنُ إِيجابُ الأَرْشِ علىٰ الواقفِ ؛ لأَنَّ

---

(١) **يجحف** ، يقال : أجحف به : ذهب به ، واشتدَّ في الإضرار به ، وكلَّفه ما لا يطيق .

مِلكَهُ قد زالَ عنهُ . ولا علىٰ الموقوفِ عليهِ ؛ لأنَّه لا يملِكُهُ ، فلَمْ يبقَ إلاَّ بيتُ المالِ .

والثالثُ : يجبُ في كسبهِ ؛ لأنَّه لا يمكنُ إيجابُهُ علىٰ الواقفِ ، ولا علىٰ الموقوفِ عليهِ ؛ لأنَّهما لا يملكانهِ ، ولا في رَقبتِهِ ؛ لأنَّه لا يمكنُ بيعُها ، فوَجبَ ذٰلكَ في كَسبهِ . فإنْ لَم يكنْ لَه كَسبٌ . . كانتْ علىٰ الوجهينِ الأوَّلينِ .

مسألةٌ : [تعليق الوقف علىٰ شرطٍ مستقبل] :

ولا يصحُّ تعليقُ أصلِ الوقفِ بشرطٍ مُستَقبَلٍ ، مثلُ أَنْ يقولَ : إذا جاءَ رأسُ الشهرِ . . فقدْ وَقفتُ داريَ هٰذهِ علىٰ المساكينِ ؛ لأَنَّ هٰذا تصرُّفٌ لَم يُبنَ علىٰ التغليبِ ، فلا يصحُّ تعليقُهُ علىٰ شرطٍ ، كالبيعِ والهبةِ .

ولا يصحُّ الوقفُ بشرطِ الخيارِ ، ولا بشرطِ أَنْ يبيعَهُ متىٰ شاءَ ، ولا بشرطِ أَنْ يُدخلَ فيهِ مَنْ شاءَ ، أَو يُخرجَ منهُ مَنْ شاءَ .

وقالَ أَبو يوسف : يصحُّ بشرطِ الخيارِ ، وبشرطِ أَنْ يبيعَهُ متىٰ شاءَ ، في إحدىٰ الروايتينِ .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا شرطٌ ينافي مقتضاهُ ، فلَم يصحَّ ، كما لَو أَعتقَ عبداً وشرطَ شيئاً مِنْ هٰذهِ الشروطِ .

وأَمَّا صرفُ غلَّةِ الوقفِ : قالَ الشافعيُّ : (فهيَ علىٰ ما شَرطَ الواقفُ مِنَ الأَثَرةِ ، والتَّقْدِمَةِ ، والتَّسْويَةِ بينَ أَهلِ الغِنىٰ والحاجةِ ، ومِنْ إخراجِ مَنْ أَخرجَ منها بصفةٍ ، وردِّهِ إليها بصفةٍ) .

قالَ أَصحابُنا : فـ(الأَثَرةُ) : أَنْ يخصَّ قوماً دونَ قومٍ ، مثلُ : أَنْ يقفَ علىٰ أَولادِهِ ، علىٰ أَنْ يخصَّ الذكورَ دونَ الإناثِ ، أَوِ الإناثَ دونَ الذكورِ .

وأَمَّا (التقدمة) : فإِنَّهُ يقدِّمُ قوماً علىٰ قومٍ ، وذٰلكَ يحصلُ مِنْ وَجهينِ :

أَحدُهما : أَنْ يفاضِلَ بينَهُم ، مثلُ : أَنْ يقولَ وَقفتُ علىٰ أَولادي للذَّكرِ مثلُ حظِّ الأُنثيينِ ، أَوْ علىٰ أَنَّ للأُنثىٰ الثلثينِ وللذَّكرِ الثلثَ .

والثاني : أَنْ يقولَ : علىٰ أَنَّ البطنَ الأَعلىٰ يقدَّمُ علىٰ البطنِ الثاني .

وأَمَّا (التسويةُ) : فمثلُ أَنْ يقولَ : علىٰ أَنْ يُسوَّىٰ بينَ الغنيِّ والفقيرِ منهُم ، أَو بينَ الذكورِ والإِناثِ . والإِطلاقُ يقتضي ذٰلكَ وشُرِطَ تأكيداً .

وأَمَّا (إِخراجُ مَنْ أَخرجَ بصفةٍ) : فمثلُ أَنْ يقولَ : وَقفتُ علىٰ أَولادي علىٰ أَنَّ مَنْ تزوَّجَ مِنْ بناتي . . فلا حقَّ لها فيهِ . وعلىٰ أَنَّ مَنِ ٱستغنىٰ مِنْ أَولادي . . فلا حقَّ له فيهِ .

وأَمَّا (ردُّهُ إِليها بصفةٍ) : فمثلُ أَن يقولَ : علىٰ أَنَّ مَنْ تزوَّجَ مِنْ بناتي . . فلا حقَّ لَها فيهِ ، فإِنْ طلَّقَها زوجُها ، أَو ماتَ عنها . . عادتْ إِلىٰ الوقفِ .

فكلُّ هٰذا وما أَشبهُهُ جائزٌ ، ويُحمَلُ علىٰ ما شرطَهُ الواقفُ .

فإِنْ قيلَ : فهٰذا وَقفٌ معلَّقٌ علىٰ شرطٍ ، والوقفُ المعلَّقُ علىٰ شرطٍ لا يصحُّ ؟

فالجوابُ : أَنَّ هٰذا ليسَ بوَقفٍ معلَّقٍ علىٰ شرطٍ ؛ لأَنَّ الوقفَ المعلَّقَ علىٰ الشرطِ هوَ : أَنْ يعلِّقَ أَصلَ الوقفِ علىٰ الشرطِ ، مثلَ أَنْ يقولَ : إِذا جاءَ رأسُ الشهرِ . . فقدْ وَقفتُ داريَ . وأَمَّا هٰذا : فهوَ وَقفٌ منجَّزٌ في الحال ، وإِنَّما الاستحقاقُ معلَّقٌ بشرطٍ ، كما قُلنا في الوَكالةِ لَو قالَ : إِذا جاءَ رأسُ الشهرِ . . فقدْ وكَّلتُكَ ، فلا يصحُّ . ولَو قالَ : وكَّلتُكَ ولا تتصرَّفْ إِلاَّ أَوَّلَ الشهرِ . . صحَّ .

فرعٌ : [وقف شيئاً علىٰ جماعة فقراء] :

إِذا وقفَ شيئاً علىٰ فقراءِ بني فلانٍ : فمَنْ جاءَ منهُم وٱدَّعىٰ أَنَّه فقيرٌ . . أُعطيَ ، ولَم يكلَّفْ إِقامةَ البيِّنةِ علىٰ فقرهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ في الناسِ الفقرُ .

ولَو قالَ علىٰ الأَغنياءِ منهُم : فمَنِ ٱدَّعىٰ الغنىٰ منهُم ليأخُذَ . . كُلِّفَ إِقامةَ البيِّنةِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الغنىٰ .

فرعٌ : [وقف علىٰ رجل دابة للركوب دون نتاجها] :

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٥٢] : إِذا وَقفَ دابَّةً علىٰ رجُلٍ للركوبِ ، ولَم يجعلْ لَه دَرَّها وَوَبَرها . . فللموقوفِ عليهِ الركوبُ ، وليسَ لَه الدرُّ والوبَرُ ، وكانَ الحكمُ في الدَّرِّ والوَبَرِ حكمَ مَنْ وقفَ شيئاً علىٰ زيدٍ ، وسكتَ عمَّنْ يُصرفُ إِليهِ بعدَهُ .

فرعٌ : [الوقف في سبيل الله للغزاة] :

وإنْ وَقفَ شيئاً في سبيلِ اللهِ . . كانَ ذٰلكَ وَقفاً علىٰ الغُزاةِ عندَ نشاطِهم دونَ المُرَتَّبِينَ في ديوانِ الإمامِ(١) .

وقالَ أحمدُ : (الحجُ منْ سبيلِ اللهِ) وتعلَّقَ بحديثِ أُمِّ معقلٍ .

دليلُنا : أَنَّ مطلقَ كلامِ الآدميِّ محمولٌ علىٰ المعهودِ في الشرعِ ، وقدْ ثبتَ أَنَّ سهمَ سبيلِ اللهِ في الصدقاتِ مصروفٌ إليهم ، فكذٰلكَ الوقفُ المطلقُ .

وأَمَّا الخبرُ : فيحتملُ أَنَّ في كلامِ الواقفِ ما دلَّ أَنَّه أَرادَ سبيلَ الثوابِ .

وإنْ وَقفَ شيئاً في سبيلِ الثوابِ . . صُرِفَ ذٰلكَ إلىٰ أَهلهِ وقَرابَتِهِ ؛ لأَنَّهم أَعظمُ جهاتِ الثوابِ ، ولهٰذا قالَ ﷺ : « صَدَقَتُكَ عَلَىٰ غَيْرِ ذِيْ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ . وَصَدَقَتُكَ عَلَىٰ ذِيْ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » .

وإنْ وَقفَ شيئاً علىٰ سبيلِ الخيرِ . . صُرِفَ ذٰلكَ إلىٰ مَنْ يَستحقُّ الزكاةَ لحاجتهِ إليها ، وهُمُ الفقراءُ ، والمساكينُ ، وفي الرقابِ ، والغارمونَ ـ لمصلحتِهم ـ وٱبنُ السبيلِ .

فرعٌ : [الوقف علىٰ وجوه البرِّ] :

وإنْ وَقفَ شيئاً علىٰ وجوهِ البرِّ . . صُرِفَ ذٰلك إلىٰ مَنِ ٱختارَهُ الناظرُ مِنَ الفقراءِ والمساكينِ والمساجدِ والقناطرِ وسائرِ مصالحِ المسلمينَ .

وقالَ بعضُ أَهلِ العلمِ : يصرفُ إلىٰ مَنْ يَستحقُّ الزكاةَ سِوَىٰ العاملينَ عليها . وليسَ بشيءٍ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يعمُّ جميعَ مصالحِ المسلمينَ .

فرعٌ : [الوقف علىٰ العلماء] :

قالَ الصيمريُّ : وإنْ قالَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ العلماءِ . . صُرِفَ ذٰلكَ إلىٰ كلِّ عالمٍ بأُصولِ الشريعةِ وفُروعِها ، ولا يُصرفُ إلاَّ إلىٰ مَنْ يَكمُلُ لَهما .

---

(١) أي : الذين لهم جراية وراتب شهري .

وإنْ قالَ : وَقفتُ علىٰ الفقهاءِ . . صُرِفَ إلىٰ أَهلِ الفروعِ .

وإنْ قالَ : علىٰ النُّحَاةِ . . لَم يُصرَفْ إلىٰ أَهلِ اللُّغةِ .

فرعٌ : [وقف ضيعة لحقوقٍ وتبعات] :

قالَ أَبو العبَّاسِ : وإنْ وَقفَ ضيعَةً ، وقالَ : يكونُ الانتفاعُ[1] منصرفاً إلىٰ عَمارتِها وحقِّ السلطانِ ، وما فضلَ بعدَ ذٰلكَ في تبعاتي في الزكاةِ والكفَّاراتِ . . صحَّ الوقفُ ، وصُرِفتِ الغلَّةُ إلىٰ الفقراءِ والمساكينِ ؛ لأنَّ الظاهرَ أَنَّه أَخرجَ زكاتَهُ وكفَّارتَهُ ، وإنَّما خافَ النقصَ ، فيكونُ هٰذا تَطوُّعاً منهُ .

مسأَلةٌ : [الوقف علىٰ الأولاد يدخل الجميع] :

وإنْ وَقفَ علىٰ أَولادِهِ . . دخلَ فيهِ أَولادُهُ مِنْ صُلبِهِ ، الذكورُ والإناثُ والخُناثىٰ ؛ لأَنَّ الجميعَ وَلدُهُ ، ولا يدخلُ أَولادُ البنينَ ، ولا أَولادُ البناتِ ؛ لأَنَّ وَلدَهُ حقيقةً هوَ وَلدُهُ مِنْ صُلبِهِ .

وإنْ كانَ لَه حَملٌ . . ٱستحقَّ مِنَ الغلَّةِ الحَادِثةِ بعدَ ٱنفصالهِ ، دونَ الحادثةِ قبلَ ٱنفصالهِ ؛ لأَنَّه لا يُسمَّىٰ وَلداً إلاَّ بعدَ الانفصالِ .

وإنْ كانَ لَه وَلدٌ فنفاهُ باللِّعانِ . . لَم يدخلْ فيهِ .

وقالَ أَبو إسحاقَ : يدخلُ فيهِ . وهٰذا خطأٌ ؛ لأَنَّه بالنفيِّ خرجَ عَنْ أَنْ يكونَ وَلدَهُ .

فرعٌ : [الوقف علىٰ أولاد أولاده] :

وإنْ وَقفَ علىٰ أَولادِ أَولادهِ . . دَخلَ فيهِ أَولادُ البنينَ ، وأَولادُ البناتِ الذكورِ والإناثِ والخُناثىٰ .

---

(١) **الانتفاع** : الريع ، وما ينتج منها .

ورويَ : أَنَّ رجلاً هاشمياً بـ البصرةِ وَقفَ علىٰ أَولادِهِ وأَولادِ أَولادِهِ ، وكانَ لَه ٱبنُ بنتٍ ، يقالُ لَه : ٱبنُ عائشةَ مِنْ أَصحابِ الحديثِ ، وكانَ يأخذُ مِنَ الوقفِ ، فلمَّا وَلِيَ عيسىٰ بنُ أَبانَ القضاءَ بـ البصرةِ أَسقَطَهُ مِنَ الوقفِ .

وٱختلفَ أَصحابُ أَبي حنيفةَ فيما فعلَهُ عيسىٰ بنُ أَبانَ ، فقالَ بعضُهم : تحامَلَ عليهِ ؛ لكونهِ مِنْ أَصحابِ الحديثِ . فبلغَ ذٰلكَ أَبا حازمٍ ـ وكانَ قاضياً بـ بغدادَ ـ فقالَ : ما تحاملَ عليهِ ، وإِنَّما هوَ مذهبُ محمَّدِ بنِ الحسنِ ؛ لأَنَّه قالَ : لو قالَ الإِمامُ لمشركٍ : أَمَّنتُكَ وأَولادَكَ وأَولادَ أَولادِكَ . . لَم يدخلْ أَولادُ البناتِ في الأَمانِ ؛ لأَنَّهم لا يَدخلونَ في إِطلاقِ ٱسمِ أَولادِ الأَولادِ . ولهٰذا قالَ الشاعرُ :

بَنُونا بَنُو أَبْنَائِنَا ، وَبَنَاتُنَا بَنُوْهُنَّ أَبْنَاءُ ٱلرِّجَالِ ٱلأَبَاعِدِ[١]

دليلُنا : أَنَّه لَو قالَ : وَقفتُ علىٰ أَولادي لدخلَ فيهِ الذكورُ والإِناثُ مِنْ وَلدِ صُلبهِ . فإِذا قالَ : علىٰ أَولادِ أَولادي . . دَخلَ فيهِ أَولادُ بناتِهِ .

وأَمَّا البيتُ : فإِنَّما أَرادَ أَنَّ أَولادَ أَولادِهِ الذينَ ينسبونَ إِليهِ ، هم أَولادُ بنيْهِ ، دونَ أَولادِ بناتِهِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ قالَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ أَولادِ أَولاديَ الذينَ ينسبونَ إِليَّ . . دَخلَ فيهِ أَولادُ أَبنائِهِ دونَ أَولادِ بَناتِهِ ؛ لأَنَّ أَولاَدَ بَناتِهِ لا يُنسَبونَ إِليهِ .

وإِنْ قالَ هاشميٌّ : وَقفتُ هٰذا علىٰ أَولادي وأَولادِ أَولاديَ الهاشميِّينَ . . دَخلَ فيهِ أَولادُهُ الذكورُ والإِناثُ ، وأَولادُ أَبنائِهِ ؛ لأَنَّهم هاشميُّونَ .

وأَمَّا أَولادُ بناتِهِ : فمَنْ تزوَّجتْ منهنَّ بهاشميٍّ فأَولَدَ منها . . دَخلَ فيهِ ؛ لأَنَّه هاشميٌّ . ومَنْ تزوَّجتْ بعامِّيٍّ فأَولَدَ منها . . لَم يَدخلْ في الوقفِ ؛ لأَنَّه عامِّيٌّ ، وليسَ بهاشميٍّ .

---

(١) البيت مشهور من بحر الطويل .

فرعٌ : [الوقف على النسل] :

وإنْ وَقفَ علىٰ عَقِبِهِ ، أَو نَسلِهِ ، أَو ذُرِّيَّتهِ . . دَخلَ فيهِ أَولادُ صُلبهِ الذكورُ والإِناثُ والخُناثىٰ . ويَدخلُ فيهِ أَولادُ أَبنائِهِ ، وأَولادُ بناتهِ مَنْ قَرُبَ منهم ، ومَنْ بَعُدَ ؛ لأَنَّ الجميعَ عَقِبُهُ ونسلُهُ وذُرِّيَّتُهُ ، ولهٰذا قالَ اللهُ تعالىٰ : ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ﴾ الآية [الأنعام : ٨٤] فنَسَبَ الجميعَ إِلىٰ إِبراهيمَ ﷺ علىٰ البُعدِ منهُ ، ونَسبَ عيسىٰ إِليهِ ، وهوَ مِنْ أَولادِ البناتِ .

وإِنْ قالَ : وَقفتُ علىٰ عَشيرتي . فإِنْ كانَ لَه عشيرةٌ يُحصىٰ عددُهُم ـ وهي : قبيلةُ الرجُلِ التي ينسبُ إِليها ـ صحَّ الوقفُ وصُرِفَ ذٰلكَ إِلىٰ جميعِهم . وإِنْ كانَ عددُهم لا يُحصىٰ ـ كبني تميمٍ وطيّءٍ ـ ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ الوقفُ ؛ لأَنّه عيَّنَ الموقوفَ عليهِم ، ولا يمكنُ تعميمُهم بالانتفاعِ بهِ ، فلَمْ يصحَّ ، كما لَو وَقفَ علىٰ قومٍ .

والثاني : يصحُّ ، ويعطي ثلاثةً مِمَّنْ يختارُهُ الناظرُ منهُم ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ كلَّ مَنْ صحَّ الوقفُ عليهِ إِذا كانَ عددُهم محصوراً . . صحَّ ، وإِنْ كانَ عددُهم غيرَ محصورٍ ، كالفقراءِ والمساكينِ .

وإِنْ وَقفَ علىٰ عِترَتِهِ[1] . . فقد قالَ ٱبنُ الأَعرابيِّ وثعلبُ : هُم ذُرِّيَّتُهُ . وقالَ ٱبنُ قتيبةَ : هُم عَشيرَتُهُ .

فرعٌ : [الوقف علىٰ جنس من الأولاد] :

وإِنْ وَقفَ علىٰ البنينَ مِنْ أَولادهِ . . لَم يدخلْ فيهِ الإِناثُ ولا الخُناثىٰ . وإِنْ وَقفَ علىٰ الإِناثِ مِنْ أَولادِهِ . . لَم يدخلْ فيهِ الذكورُ ولا الخُناثىٰ . وإِنْ وَقفَ علىٰ البنينَ والبناتِ مِنْ أَولادِهِ . . فهلْ يدخلُ معهُم الخنثىٰ المشْكِلُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

---

(١) **العترة** : نسل الرجل ورهطه وعشيرته الأدنونَ .

أَحدُهما : لا يدخلُ ؛ لأَنَّه ليسَ مِنَ البنينَ ولا مِنَ البناتِ .

والثاني : يدخلُ فيهِ ؛ لأَنَّه لا يخلو أَنْ يكونَ مِنْ أَحدِهما ، **وهٰذا أَصحُّ** .

وإِنْ وَقفَ علىٰ بني زيدٍ . . لَم يدخُلْ فيهِ بناتُهُ . وإِنْ وَقفَ علىٰ بني تميمٍ وقُلنا : يصحُّ الوقفُ عليهِم . . فهلْ يدخلُ الإِناثُ منهُم ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَدخُلْنَ ؛ لأَنَّ ٱسمَ البنينَ إِنَّما يَنصرفُ إِلىٰ الذكورِ . **فعلىٰ هٰذا** : لا يدخلُ معهُم الخُناثىٰ .

والثاني : يدخُلنَ ؛ لأَنَّه إِذا أُطلقَ ٱسمُ القبيلةِ . . دخلَ فيهِ الذكورُ والإِناثُ . **فعلىٰ هٰذا** : يدخلُ معهُم الخُناثىٰ .

مسأَلةٌ : [الوقف علىٰ أولاده وأولاد أولاده مرتباً ومشتركاً] :

وإِذا وَقفَ وقفاً علىٰ أَولادِهِ وأَولادِ أَولادِهِ : فلا يخلو : إِمَّا أَنْ يكونَ الوقفُ مُشتركاً ، أَو مرتَّباً :

فإِنْ كانَ مُشترَكاً ، وذٰلكَ بأَنْ يقولَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ أَولادي وأَولادِ أَولادي ما تناسَلوا وتعاقَبوا ، فإِنِ ٱنقرضوا كانَ علىٰ الجامعِ ، أَو علىٰ الفقراءِ والمساكينِ . . فإِنَّ الوقفَ علىٰ أَولادِهِ وأَولادِ أَولادهِ يكونُ مشترَكاً بينَ أَهلِ البطنِ الأَوَّلِ ومن يحدثُ بعدَهُ ، فيشاركُ مَنْ يَحدثُ مَنْ كانَ موجوداً في الغلَّةِ الحادثةِ بعدَ حدوثِ الولدِ ؛ لأَنَّ الواوَ تقتضي الجمعَ والتشريكَ[1] ، فإِنْ قالَ : يستوي الأَعلىٰ والأَدنىٰ . . كانَ ذٰلكَ تأكيداً ، فإِذا ٱنقرضتْ ذرِّيَّتُهُ . . نُقل إِلىٰ مَنْ بعدَهم .

---

(١) فائدة الواو العاطفة : تكون للجمع بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم والإعراب جمعاً مطلقاً ، فلا تفيد ترتيباً ولا تعقيباً ، فإذا قلت : جاء هشام ومحمد فالمعنىٰ أنهما اشتركا في حكم المجيء سواء أكان هشام قد جاء قبل محمد أم بالعكس أم جاءا معاً ، وسواء أكان هناك مهلة بين مجيئهما أم لم يكن . بدليل قوله تعالىٰ : ﴿فَكَيْفَ كَانَ عَذَابِي وَنُذُرِ﴾ [القمر : ١٨] والنذارة قبل العذاب ، وقوله تعالىٰ : ﴿إِذْ قَالَ ٱللَّهُ يَٰعِيسَىٰٓ إِنِّي مُتَوَفِّيكَ وَرَافِعُكَ إِلَيَّ﴾ [آل عمران : ٥٥] فإن وفاته عليه السلام لا تقع إلا بعد الرفع ، وبينهما زمن .

وإِنْ كانَ الوقفُ مرتَّباً ، وذٰلكَ مِنْ وَجهينِ :

أَحدُهما : أَنْ يقولَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ أَولادي ، وأَولادِ أَولادي ما تناسلوا وتعاقبوا الأَوَّلُ فالأَوَّلُ ، أَوِ الأَدنىٰ فالأَدنىٰ ، أَوِ الأَقربُ فالأَقربُ ، أَوِ الأَعلىٰ فالأَعلىٰ ، فإِذا ٱنقرضوا فعلىٰ الفقراء ، والمساكينِ . . ٱستحقَّ أَهلُ البطنِ الأَعلىٰ الوقفَ ، فإِذا ٱنقرضَ أَهلُ البطنِ الأَعلىٰ . . صُرِفَ إِلىٰ أَهلِ البطنِ الثاني . وعلىٰ هٰذا : لا يستحقُّ أَهلُ بطنٍ وهناكَ أَحدٌ مِنْ أَهلِ البطنِ الذي فوقَهُ ، فإِذا ٱنقرضوا . . صُرِفَ إِلىٰ الفقراءِ والمساكينِ .

والثاني : أَنْ يقولَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ أَولادي ، فإِذا ٱنقرضوا فعلىٰ أَولادِهم[1] ، فإِذا ٱنقرضوا فعلىٰ أَولادِهم ، وعلىٰ هٰذا أَبداً .

أَو يقولَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ أَولادي[2] ، ثمَّ علىٰ أَولادِهم ، ثمَّ علىٰ أَولادِهم ، وعلىٰ هٰذا أَبداً ، فإِذا ٱنقرضوا فعلىٰ الفقراءِ والمساكينِ . . صحَّ وكانَ مرتَّباً . ولٰكنْ لا بدَّ أَنْ يقولَ هاهُنا : وعلىٰ هٰذا أَبداً ؛ لأَنَّه ربَّما يحدثُ بطنٌ آخرُ لَم يذكرْهُ في قولهِ : فإِذا ٱنقرضوا فعلىٰ أَولادِهم ، أَو في قولهِ : ثمَّ علىٰ أَولادِهم . فإِذا قالَ : وعلىٰ هٰذا أَبداً . . ٱستغرقَ جميعَ مَنْ يَحدثُ ، بخلافِ القسمِ الأَوَّلِ ، حيثُ قالَ : ما تناسلوا وتعاقبوا ، فإِنَّ ذٰلكَ يُغني عَنْ قولهِ : وعلىٰ هٰذا أَبداً .

فإِنْ قالَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ ولدي ، ووَلدِ وَلدي ، ثمَّ علىٰ وَلدِ وَلدِ وَلدي . . فإِنَّ وَلدَهُ ووَلدَ وَلدِهِ يَشتركانِ في الوقفِ ، فإِذا ٱنقرضا . . كانَ للبطنِ الثالثِ .

وإِنْ قالَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ ولدي ، ثمَّ علىٰ ولدِ ولدي وولدِ ولدِ ولدي . . فإِنَّ البطنَ الأَوَّلَ ينفردُ بالوقفِ ، فإِذا ٱنقرضوا[3] . . ٱشتركَ البطنُ الثاني والثالثُ في الوقفِ ؛ لأَنَّه رتَّبَ الأَوَّلَ وشَرَكَ بينَ الثاني والثالثِ .

فإِنْ قالَ : وقفتُ هٰذا علىٰ أَولادي ، ثمَّ علىٰ أَولادِهم ، ثمَّ علىٰ عَقِبهِم ونَسلِهِم ، ثمَّ علىٰ الفقراءِ والمساكينِ :

---

(١) في (م) : (أولاد أولادهم) في الموضعين .
(٢) في هامش (م) : (ولدي) .
(٣) في (م) : (انقرض) .

قالَ الشافعيُّ في « البويطيِّ » : (فإِنَّ الوقفَ يكونُ للبطنِ الأَوَّلِ ـ وهم : أَولادُهُ ما عاشوا ـ فإِذا ٱنقرضوا . . كانَ لأَهلِ البطنِ الثاني لا يُشارِكُهم فيهِ أَهلُ البطنِ الثالثِ ، ولا مَنْ بَعدَهُم . فإِذا ٱنقرضَ أَهلُ البطنِ الثاني . . كانَ للبطنِ الثالثِ والرابعِ ومَنْ حَدثَ مِنْ بعدِهِم ، يَشتركونَ فيهِ . فإِذا ٱنقرضَ نَسلُهُ . . كانَ للفقراءِ والمساكينِ ؛ لأَنَّه رتَّبَ الوقفَ في البطنِ الأَوَّلِ . وفي الثاني : يَشتركُ[1] فيمَنْ بَعدَهُم مِنْ نَسلِهِ) .

فرعٌ : [وقف كيلاً ما علىٰ أولاد بناته والباقي للذكور] :

فإِنْ قالَ : وَقفتُ نخليَ هٰذهِ علىٰ أَولادي ، علىٰ أَنَّ لبناتيَ منهُ مكيلةَ كذا ، ويكونُ الباقي للذكورِ . . صحَّ ، وكانَ للبناتِ ما شَرطَهُ . فإِنْ بقيَ شيءٌ . . ٱستحقَّهُ الذكورُ ، وإِنْ لَم يبقَ شيءٌ . . فلا شيءَ لَهم .

وإِنْ قالَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ أَولادي ، فإِذا ٱنقرضوا ، فعلىٰ أَولادِهم أَبداً ما تناسلوا ، فمَنْ ماتَ منهُم وكانَ لَه وَلدٌ ، كانَ نصيبُهُ لولدِهُ ، ومَنْ ماتَ ولا وَلدَ لَه ، كانَ نصيبُهُ لأَهلِ الوقفِ ، فإِنْ كانَ للواقفِ ثلاثةُ أَولادٍ . . كانَ الوقفُ أَثلاثاً بينهُم ، فإِنْ ماتَ وَاحدٌ منهُم ولَه وَلدٌ . . كانَ نصيبُ أَبيهِ لَه ، فإِنْ ماتَ الثاني بعدَهُ ولا وَلدَ لَه . . رَجعَ نصيبُهُ إِلىٰ أَخيهِ وٱبنِ أَخيهِ .

فرعٌ : [الوقف علىٰ أولاده ثمَّ للفقراء بعدهم] :

فإِنْ قالَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ أَولادي ، فإِذا ٱنقرضوا أو ٱنقرضَ أَولادُهم فعلىٰ الفقراءِ والمساكينِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ أَولادَ الأَولادِ يَستحقُّونَ الوقفَ بعدَ ٱنقراضِ الأَولادِ ؛ لأَنَّهم لمَّا ٱعتُبرَ ٱنقراضُهُم لاستحقاقِ الفقراءِ . . دلَّ علىٰ ٱستحقاقِهِم مِنَ الوقفِ .

والثاني ـ وهوَ الصحيحُ ـ : أَنَّهم لا يستحقُّونَ شيئاً ؛ لأَنَّه لَم يجعلْ لَهم مِنَ الوقفِ شيئاً ، وإِنَّما شَرطَ ٱنقراضَهُم لاستحقاقِ غيرِهم .

(١) في (م) : (وشرّك) .

فعلىٰ هٰذا : يكونُ الوقفُ منقطعَ الوَسَطِ ، فيكونُ علىٰ قولينِ ، كالوقفِ المنقطعِ الانتهاءِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ باطلٌ .

والثاني : أَنَّهُ صحيحٌ ، فيكونُ لأَولادِ الواقفِ . فإذا ٱنقرضوا وهناكَ أَولادُ أَولادٍ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنَّهُ يصرفُ إِلىٰ الواقفِ إِنْ كانَ حيّاً ، أَو إِلىٰ وارثِهِ إِنْ كانَ ميّتاً ، إِلىٰ أَنْ ينقرضَ وَلدُ الولدِ ، ثمَّ يُصرفُ إِلىٰ الفقراءِ والمساكينَ .

والثاني : أَنَّ الوقفَ يُصرفُ إِلىٰ الفقراءِ والمساكينِ في الحالِ .

والثالثُ : أَنَّهُ يكونُ لأَقرباءِ الواقفِ إِلىٰ أَنْ يَنقرِضَ وَلدُ الولدِ . وقد مضىٰ دليلُها .

مسأَلةٌ : [الوقف علىٰ الأقرباء يكون من طرفي الأبوين] :

وإِنْ قالَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ قراباتي ، أَو علىٰ أَقربائي ، أَو علىٰ ذوي رَحمي ، أَو علىٰ أَرحامي ، أَو كانَ ذٰلكَ في الوصيَّةِ . . صُرِفَ ذٰلكَ إِلىٰ مَنْ يُعرَفُ بقرابتهِ مِنْ قِبَلِ الآباءِ والأُمَّهاتِ . فإِنْ كانَ لَه جدٌّ يُعرفُ بِهِ عندَ عامَّةِ الناسِ . . صُرِفَ إِلىٰ مَنْ يُنَسبُ إِلىٰ ذٰلكَ الجدِّ دونَ مَنْ يُنسبُ إِلىٰ أَبي ذٰلكَ الجدِّ ، ولا إِلىٰ مَنْ يُنسبُ إِلىٰ أَخي ذٰلكَ الجدِّ ، كالشافعيِّ إِذا وَقفَ علىٰ قرابتهِ ، فإِنَّهُ يُصرفُ إِلىٰ مَنْ يُنسبُ إِلىٰ شافعِ بنِ السائبِ ، ولا يصرفُ إِلىٰ مَنْ يُنسبُ إِلىٰ عليٍّ وعبَّاسٍ ٱبني السائب ، ولا إِلىٰ مَنْ يُنسبُ إِلىٰ السائبِ بنِ عُبيدٍ .

ويدخلُ فيهِ بناتُ الواقفِ ، وأَولادُ بناتهِ . ويَدخلُ فيهِ أُمَّهاتُ الواقفِ ، وآباءُ أُمَّهاتهِ ، وأَخواتُه ، وخالاتُهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يدخلُ فيهِ كلُّ ذي رحمٍ مَحْرمٍ بالنَّسبِ ، مثلُ : الآباءِ والأُمَّهاتِ ، والبنينَ والبناتِ ، وأَولادُهم ، والإِخوةِ والأَخواتِ ، والأَعمامِ والعمّاتِ دونَ بنيهِم) .

وقالَ مالكُ : (يدخلُ فيهِ مَنْ يَرثُ الواقفَ لا غيرَ) .

دليلُنا : قولُه تعالىٰ : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [الأنفال : ٤١] .

وقولُه تعالىٰ : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [الحشر : ٧] ولنا منها ثلاثةُ أَدلَّةٍ :

أَحدُها : (أَنَّ النبيَّ ﷺ أَعطىٰ مِنْ سهمِ ذَوي القُربىٰ بني أَجدادِهِ ـ وهم : بَنو هاشمٍ ـ وبني أَعمامهِ ـ وهُم : بنو المطَّلبِ ـ)[١] .

والثاني : أَنَّ النبيَّ ﷺ : لمَّا أَعطىٰ بني هاشمٍ وبني المطَّلبِ سهمَ ذوي القُربىٰ . . أَتاهُ عثمانُ بنُ عفّان ـ وهوَ : مِنْ وَلدِ عبدِ شمسِ بنِ عبدِ مَنافٍ ـ ، وَجبيرُ بن مُطعمٍ ـ وهوَ : مِنْ وَلدِ نَوفَلَ بنِ عبدِ منافٍ ـ وقالا : أَمَّا بنو هاشمٍ فلا يُنكرُ فضلُهم ؛ لمكانِكَ الذي وَضعكَ اللهُ فيهِم ، فما بالُ بني المطَّلبِ أَعطيتَهُم وحرمتَنا ، وقرابتُنا وقرابتُهم وَاحدةٌ ؟! فقالَ ﷺ : « إِنَّمَا بَنُوْ هَاشِمٍ ، وَبَنُوْ ٱلْمُطَّلِبِ شَيءٌ وَاحِدٌ ـ وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ ـ إِنَّهُم مَا فَارَقُوْنَا في جَاهِلِيَّةٍ وَلا إِسْلاَمٍ »[٢] . فأَقرَّهما النبيُّ ﷺ علىٰ دعواهُما القرابةَ ، ولٰكنَّهُ أَخبرَ أَنَّ ذٰلكَ السَّهمَ لا يُستحقُّ بالقرابةِ منفردةً ، وإِنَّما يُستحقُّ بالقَرابةِ والنُّصرَةِ .

والثالثُ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ كانَ يُعطي مِنْ ذٰلكَ السهمِ مَنْ كانَ يرثُهُ ، ومَنْ لا يرثُهُ ، فإِنَّهُ أَعطىٰ منهُ العمَّاتِ)[٣] .

ورويَ عَنِ الزبيرِ : أَنَّهُ قالَ : (كنتُ أَضرِبُ في الغنائمِ بأَربعةِ أَسهمٍ : سهمٍ لي ، وسهمينِ لِفَرسي ، وسهمٍ لأُمِّي) ، وأُمُّه كانتْ : صفيَّةَ بنتَ عبدِ المطَّلبِ عمَّةَ النبيِّ ﷺ[٤] .

---

(١) سلف نحوه ، وسيليه أيضاً .

(٢) أخرجه بنحوه عن جُبير بن مُطعِم الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤١١) ، والبخاري (٤٢٢٩) في المغازي ، وأبو داود (٢٩٨٠) و(٢٩٨١) في الخراج ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٤١٣٦) في قسم الفيء ، وابن ماجه (٢٨٨١) في الجهاد ، وأبو عبيد في الأموال (٨٤٣) و(٨٤٤) و(٨٤٦) في سهم ذي القربىٰ من الخمس .

(٣) يدل عليه الحديث الآتي .

(٤) أخرج خبر الزبير عن يحيىٰ بن عباد الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤١٠) في الجهاد =

ورويَ : أَنَّهُ لمَّا نزلَ قولُه تعالىٰ : ﴿ وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ ﴾ [الشعراء : ٢١٤] جمعَ النبيُّ ﷺ عشيرتَهُ وقالَ : « يَا بَنِيْ هَاشِمٍ ، يَا بَنِيْ عَبْدِ ٱلْمُطَّلِبِ ، يَا بَنِيْ عَبْدِ مَنَافٍ ، يَا عَبَّاس ، يَا فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ ، إِنِّي لا أُغْنِيْ عَنْكُمْ مِنَ ٱللهِ شَيْئَاً » فعندها قالَ أَبو لهبٍ : أَلهٰذا جمعتنا ! ؟ تبّاً لكَ ، فنزلَ قولُه تعالىٰ : ﴿ تَبَّتْ يَدَآ أَبِى لَهَبٍ وَتَبَّ ﴾[1] [المسد : ١] .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنَّهُ يُصرفُ إِلىٰ غنيِّ قرابتِهِ وفقيرِهم ، وذَكرِهم وأُنثاهُم ، ويُسوَّىٰ بينَ الذكرِ والأُنثىٰ ، كما لَو وَهبَ لرجلٍ وٱمرأَةٍ شيئاً .

فإِنْ حدثَ لَه قريبٌ بعدَ الوقفِ . . دَخلَ في الوقفِ . وقالَ في « البويطيِّ » : (لا يدخلُ في الوقفِ) وهٰذا غيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّ ٱسمَ القَرابةِ يتناولُهُ ، فدخلَ فيهِ ، كما لَو قالَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ أَولادي . . فإِنَّه يدخلُ فيهِ مَنْ يَحدثُ مِنْ أَولادِهِ بعدَ الوقفِ . هٰذا نقلُ أَصحابِنا البغداديِّينَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤٠٩ ـ ٤١٠] : إِذا أَوْصىٰ للقرابةِ ، فهلْ تقدَّمُ قرابةُ الأَبِ علىٰ قرابةِ الأُمِّ ؟ ينظرُ فيهِ :

= و« الأم » (٤/٦٧) كيف تفرق القسم ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٧/٦٦٢) في الجهاد ، باب : الفارس كم يقسم له ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٩/٥٢) في السير ، باب : سهمان للخيل ، وقال : يحيىٰ بن عباد فيه مرسل ، وقد وصله سعيد بن عبد الرحمن ومحاضر بن مورع عن هشام بن عروة عن يحيىٰ بن عباد عن عبد الله بن الزبير .

(١) أخرجه عن الصديقة بنت الصديق ـ بألفاظ متفاوتة في ذكر المناسبة ومختصراً ـ مسلم (٢٠٥) في الإيمان ، والترمذي (٢٣١١) في الزهد و(٣١٨٣) في التفسير ، والنسائي في« الصغرىٰ » (٣٦٤٨) في الوصايا . وفي الباب أيضاً :

رواه عن أبي هريرة البخاري (٤٧٧١) في التفسير ، ومسلم (٢٠٤) و(٢٠٦) في الإيمان ، والترمذي (٣١٨٤) في التفسير ، والنسائي في « المجتبىٰ » (٣٦٤٦) و(٣٦٤٧) و« التفسير » (٣٩٧) .

ورواه عن قبيصة بن المخارق وزهير بن عمرو مسلم (٢٠٧) في الإيمان .

وأخرجه عن ابن عباس بنحوه وبتمام القصة البخاري (٤٧٧٠) و(٤٩٧٢) في التفسير ، ومسلم (٢٠٨) في الإيمان ، وفيه : « يا صباحاه » و« أرأيتكم لو أخبرتكم أن خيلاً بالوادي تريد أن تغير عليكم أكنتم مصدقيَّ ؟ قالوا : نعم ، ما جربنا عليك إلا صدقاً » . التب والتباب : الاستمرار في الخُسران .

فإِنْ كان الموصي مِنَ العجمِ . . فلا تقدَّمُ قرابةُ الأَبِ علىٰ الأُخرىٰ ، بلْ يصرفُ ذٰلكَ إِلىٰ أَقاربهِ مِنْ جانبِ الأَبِ والأُمِّ .

وإِنْ كانَ مِنَ العربِ . . فإِنَّما هوَ لقرابتهِ مِنْ قِبَلِ أَبيهِ ، فيُدفعُ إِلىٰ البطنِ الذي ينتمي إِليهِ ؛ لأَنَّ العجمَ لا تَعرفُ القبائلَ[1] والبطون ، فعندهم الرجلُ إذا سمَّىٰ قرابتَهُ فإِنَّما يريدُ به قرابتَهُ منْ جهةِ آبائِهِ وأمَّهاتهِ ، والعربُ تُعرفُ القبائلُ والبطونُ بينَهُم ، فلا يُنسبُ الرَّجلُ إِلىٰ قرابةِ أُمِّهِ أَلبتَّةَ .

فرعٌ : [الوقف علىٰ أقرب الناس رحماً] :

وإِنْ وَقفَ علىٰ أَقربِ الناسِ إِليهِ ، أَو أَقربِهِم رَحماً بهِ ، أَو أَمسِّهِم رَحماً بهِ ، أَو أَوصىٰ لَه . . فإِنَّه يُصرَفُ إِلىٰ أَقربِ الناسِ إِليهِ مِنَ الرجالِ والنساءِ ، فإِنْ لَم يكنْ لَه وَالدانِ . . صُرِفَ إِلىٰ أَولادِه الذكورِ والإِناثِ ، وَيُسوَّىٰ بينهُم ، ثمَّ إِلىٰ أَولادِهم ، ثمَّ إِلىٰ أَولادِ أَولادِهم ، فإِنْ كانَ لَه ٱبنُ ٱبنِ ٱبنٍ ، وٱبنةُ بنتٍ . . صُرِفَ إِلىٰ ٱبنةِ البنتِ ؛ لأَنَّها أَقربُ مِن ٱبنِ ابنِ الابنِ . فإِنْ لَم يكنْ لَه وَلدٌ ، ولا وَلدُ وَلدٍ ، ولَه أَحدُ الأَبوينِ . . صُرِفَ إِليهِ ، وإِنِ ٱجتمعا . . تساويا ؛ لأَنَّهما في درجةٍ واحدةٍ .

---

(١) **القبيلة** : بنو الأب . قال الماوردي في « الأحكام السلطانية » : أنساب العرب ستُّ مراتب تجمع أنسابهم وهي : شَعب ، ثم قبيلة ، ثم عمارة ، ثم بطن ، ثم فخذ ، ثم فصيلة .
فالشعب : النسب الأبعد كعدنان ، سمي شَعباً لأن القبائل منه تتشعب .
والقبيلة : وهي ما انقسمت في أنساب الشَّعب كربيعة ومضر ، سميت قبيلة لتقابل الأنساب فيها .
والعمارة : وهي ما انقسمت فيه أنساب القبيلة ، كقريش وكنانة .
والبطن : وهو ما انقسمت فيه أنساب العمارة ، كبني عبد مناف ، وبني مخزوم .
والفخذ : وهو ما انقسمت فيه أنساب البطن ، كبني هاشم ، وبني أمية .
والفصيلة : وهي ما انقسمت فيه أنساب الفخذ ، كبني العباس وبني أبي طالب .
فالفخذ يجمع الفصائل ، والبطن يجمع الأفخاذ ، والعمارة تجمع البطون ، والقبيلة تجمع العمائر ، والشعب يجمع القبائل . فإذا تباعدت الأنساب صارت القبائل شعوباً ، والعمائر قبائل ، وزاد غيره : العشيرة قبل الفصيلة . ا . هـ من « تصحيح التنبيه » .

وإنْ كانَ لَه أَبٌ وابنٌ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّهما سواءٌ ؛ لأَنَّهما في أَوَّلِ درجةٍ مِنَ الميِّتِ .

فعلىٰ هٰذا : يقدَّمُ الأَبُ علىٰ ابنِ الابنِ .

والثاني ـ وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّ الابنَ يقدَّمُ ؛ لأَنَّه جزءٌ مِنَ الواقفِ ، وأَقوىٰ تعصيباً مِنَ الأَبِ .

فعلىٰ هٰذا : يقدَّمُ ابنُ الابنِ وإنِ سَفَلَ ، علىٰ الأَبِ .

وإنِ اجتمعتِ الأُمُّ والابنُ . . فينبغي أَنْ يكونَ علىٰ الوَجهينِ المذكورينِ في الأَبِ والابنِ .

فإنْ لَم يكنْ لَه والدٌ ولا وَلدٌ ، ولَه إخوةٌ وأَخواتٌ . . صُرِفَ إليهم . فإنْ كانَ فيهم مَنْ يُدْلي بالأَبوينِ ، وفيهِم مَنْ يُدلي بأَحدِهما . . قُدِّمَ مَنْ يُدلي بِهما ؛ لأَنَّه أَقربُ . وإنْ كانَ أَحدُهما يُدلي بالأَبِ والآخرُ يُدلي بالأُمِّ . . فهما سواءٌ ، وأَولادُهم يَقومونَ مقامَهم .

فإنْ لَم يكنْ لَه إخوةٌ ، ولَه جدٌّ مِنْ قِبَلِ الأَبِ أَو مِنْ قِبَلِ الأُمِّ . . صُرِفَ إليهِ . وإنْ كانتْ لَه جَدَّةٌ مِنْ قِبَلِ أَحدِهما . . صُرِفَ إليها فإنِ اجتمعَ الجدُّ أَبو الأَبِ ، والجدُّ أَبو الأُمِّ ، وأُمُّ الأُمِّ ، وأُمُّ الأَبِ . . صُرِفَ إليهِم بالسَّويَّةِ ؛ لأَنَّهم منهُ بمنزلةٍ واحدةٍ .

وإنِ اجتمعَ الجدُّ أَبو الأَبِ ، والأَخُ مِنْ قِبَلِ الأَبِ والأُمِّ ، أَو مِنَ الأَبِ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّهما سواءٌ ؛ لتساويهِما في القُربِ منهُ .

فعلىٰ هٰذا : يقدَّمُ الجدُّ علىٰ ابنِ الأَخِ .

والثاني : أَنَّ الأَخَ أَولىٰ ؛ لأَنَّه أَقوىٰ تعصيباً منهُ .

فعلىٰ هٰذا : يقدَّمُ ابنُ الأَخِ علىٰ الجدِّ .

فإنْ لَم يكنْ لَه أَحدُ هؤلاءِ ، ولَه أَعمامٌ . . صُرِفَ إليهِم علىٰ ترتيبِ الأُخوَّةِ .

فإنْ كانَ لَه عمٌّ وأَبو جَدٍّ . . فعلىٰ القولينِ في الأَخِ والجدِّ .

فإِنْ كانَ لَه عَمٌّ وخالٌ ، أَو عمَّةٌ وخالةٌ ، أَو عمٌّ وخالةٌ[١] . . صُرِفَ إِليهِما ، وأَولادُهم يَقومونَ مقامَهم .

فإِنْ كانتْ لَه جدَّتانِ : إِحدَاهما تُدلي بقرابتينِ ، والأُخرىٰ تُدلي بقرابةٍ واحدةٍ ، بأَنْ يتزوَّجَ رجلٌ بآبنةِ عمَّتهِ ، أَو آبنةِ خالتِهِ ، ثمَّ يُولدُ لَه منها وَلدٌ . . فإِنَّ أُمَّ أُمِّ زوجتهِ تدلي إِلىٰ ولدِهما بقرابتينِ ، فإِنْ كانَ هناكَ جدَّةٌ تحاذيها . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ التي تُدلي بقرابتينِ أَولىٰ .

والثاني : أَنَّهما سواءٌ .

فرعٌ : [الوقف علىٰ جماعة من أَقرب القرابة] :

وإِنْ وَقفَ علىٰ جماعةٍ مِنْ أَقربِ الناسِ إِليهِ ، أَو أَوْصىٰ لَهم . . صُرِفَ إِلىٰ ثلاثةٍ مِنْ أَقربِ الدرجاتِ إِليهِ .

فإِنْ كانَ لَه ثلاثةُ أَولادٍ في درجةٍ وَاحدةٍ . . صُرِفَ إِليهِم ؛ لأَنَّهم أَقلُّ الجمعِ . فإِنْ كانَ في الدرجةِ الأُولىٰ أَقلُّ مِنْ ثلاثةٍ . . تُمِّمُوا مِنَ الدرجةِ التي تَليها . فإِنْ كانَ هناكَ ثلاثةٌ مِنْ ثلاثِ دَرجاتٍ . . صُرِفَ إِلىٰ كلِّ وَاحدٍ منهُم ثُلثُ الوقفِ . فإِنْ كانَ في الدرجةِ الأُولىٰ أَكثرُ مِنْ ثلاثةٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الناظرَ في الوقفِ والوَصيَّةِ يَصرِفُ ذٰلكَ إِلىٰ ثلاثةٍ يختارُهم منهُم ، كما لَو وَقفَ علىٰ الفقراءِ أَو أَوصىٰ لَهم .

والثاني : يُصرَفُ إِلىٰ جميعِهم بالسويَّةِ ؛ لأَنَّه لا مزيَّةَ لبعضِهم علىٰ بعضٍ ، بخلافِ الفقراءِ ؛ لأَنَّهم لا ينحصرونَ ، فالوقفُ والوصيَّةُ إِنَّما يقعُ بجهتِهم دونَ أَعيانهم .

وإِنْ كانَ في الدرجةِ الأُولىٰ آثنانِ ، وفي الثانيةِ آثنانِ . . صُرِفَ الثلثانِ إِلىٰ اللَّذينِ في الدرجةِ الأُولىٰ ، وفي الثلثِ الباقي وَجهانِ :

---

(١) وكذا القول : لو كان له خال وعمَّة .

أَحدُهما : يَصرِفُهُ الناظرُ إِلىٰ وَاحدٍ يختارُهُ مِنَ اللَّذينِ في الدرجةِ الثانية .

والثاني : يُصرَفُ إِليهما بالسويَّةِ .

فرعٌ : [الوقف علىٰ أهل بيته] :

وإِنْ وَقفَ علىٰ أَهلِ بيتهِ أَو أَوصىٰ لَهم . . صُرِفَ إِلىٰ أَبيهِ وأَقاربهِ مِنْ جهةِ أَبيهِ ، نحوَ أَجدادِهِ وإِخوتهِ ؛ لأَنَّه رويَ عَنْ ثعلبَ : أَنَّهُ قالَ : أَهلُ البيتِ : الأَقاربُ مِنْ جهةِ الأَبِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **فعلىٰ هٰذا** : لا يكونُ لبنِيهِ ولا لأَقارِبهِ مِنْ أُمِّهِ شيءٌ ؛ لأَنَّهم ليسوا مِنْ أَهلِ بيتهِ ، فمَنْ كانَ مِنْ أَهلِ بيتهِ وارثاً . . لَم تُصرَفْ إِليهِ الوصيَّةُ ، بلْ إِلىٰ الباقينَ .

مسأَلةٌ : [الوقف في مرض الموت] :

إِذا وَقفَ شيئاً في مرضِ موتهِ . . فإِنَّ ذٰلكَ وصيَّةٌ .

فإِنْ كانَ الوقفُ علىٰ أَجنبيٍّ : فإِنِ ٱحتملَهُ الثلثُ مِنْ تَركتهِ . . صَحَّ الوقفُ . وإِنْ لَم يحتملْهُ الثلثُ . . لزمَ الوقفُ في قدرِ الثلثِ ووَقف ما زادَ عليهِ علىٰ إِجازةِ الورثةِ .

وإِنْ وقفَ علىٰ وَارثهِ في مَرضِ موتهِ . . وَقفَ علىٰ إِجازةِ الوَرثةِ ، سواءٌ اِحتملَهُ الثلثُ أَو لَم يحتملْهُ ، كالوصيَّةِ لَه .

فإِنْ كانَ له دارٌ لا يملِكُ غيرَها ، فوقفَها علىٰ ٱبنهِ في مَرضِ مَوتهِ ، ولا وَارثَ لَه سواهُ . .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤١١] : لَزم الوقفُ في ثُلثِها ؛ لأَنَّ أَكثرَ ما فيهِ أَنَّه حالَ بينَهُ وبينَ ثلثِها ، ولَه أَنْ يفعلَ ذٰلكَ في ثُلثِهِ .

وأَمَّا الثلثانِ : فللابنِ إِبطالُ الوقفِ فيهما ؛ لأَنَّ الإِنسانَ لا يملِكُ التبرُّعَ في مرضِ موتهِ إِلاَّ بثُلثِ تَركَتهِ ، فإِنْ أَبطلَهُ . . فلا كلامَ ، وإِنِ ٱختارَ أَنْ يُجيزَهُ وَقفاً علىٰ نَفْسهِ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّ الإِجازةَ مِنَ الوارثِ ٱبتداءُ عطيَّةٍ منهُ. . لَم يصحَّ ، كما لا يجوزُ أَنْ يقفَ علىٰ نَفْسهِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ تنفيذٌ لمَا فعلَهُ الموصي . . صحَّ .

فرعٌ : [وقف داره علىٰ ابنه وابنته] :

وإِنْ كانَ لَه دارٌ ، فوقفَها علىٰ ٱبنهِ وٱبنتهِ بينَهما نِصفينِ ، وٱحتملَها الثلثُ ، ولا وَارِثَ لَه غيرُهما ، فإِنْ أَجازَ الابنُ الوقفَ علىٰ أُختِهِ . . صحَّ ، وكانتِ الدارُ وَقفاً بينَهما نِصفينِ . وإِنْ أَبىٰ أَنْ يُجيزَهُ . . قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : بَطَلَ الوقفُ في نِصفِ الموقوفِ علىٰ الابنةِ ـ وهوَ : ربعُ الدارِ ـ ويبقىٰ الربعُ موقوفاً علىٰ الابنةِ ، والنصفُ موقوفاً علىٰ الابنِ ، ثمَّ يقتسمانِ الربعَ الذي بَطَلَ فيهِ الوقفُ بينهُما للذكرِ مثلُ حظِّ الأُنثيينِ .

وتصحُّ المسأَلةُ مِنِ ٱثني عشرَ : للابنِ ثمانيةُ أَسهمٍ : ستّةٌ منها وقفٌ عليهِ ، وسهمانِ طِلقٌ لَه ، وللابنةِ أَربعةُ أَسهمٍ : ثلاثةٌ وقفٌ عليها ، وسهمٌ طِلقٌ لَها .

فإِنْ كانَتْ لَه دارٌ وَقفَها علىٰ ٱبنهِ وزوجتِهِ نِصفينِ بينهُما ، ولا وَارثَ لَه غيرُهما ، وخرجتِ الدارُ مِنْ ثُلثهِ ؛ فإِنْ أَجازَ الابنُ الوقفَ علىٰ الزوجةِ . . كانتْ وَقفاً بينَهما نِصفينِ . وإِنْ لَم يُجِزْ . . فقد فَضلَ الزوجُ الزوجةَ بثلاثةِ أَسهمٍ مِنْ ثمانيةٍ مِنَ الدارِ ، فيَبطلُ الوقفُ فيها ، ويكونُ ذٰلكَ مِلكاً للابنِ طِلْقاً ، ويبقىٰ أَربعةُ أَسهمٍ مِنْ ثمانيةٍ مِنَ الدارِ وَقفاً علىٰ الابنِ ، فيصيرُ أَربعةُ أَسباعِ نصيبِهِ وَقفاً عليهِ ، وثلاثةُ أَسباعِ نصيبِهِ طِلْقاً لَه ، فيجبُ أَنْ يكونَ نصيبُ الزوجةِ كذٰلكَ ؛ لأَنَّه سوَّىٰ بينَهما في الوقفِ ، فيكونُ أَربعةُ أَسباعِ ثُمنِها وَقفاً عليها ، وثلاثةُ أَسباعِ ثُمنِها طِلْقاً لها ، فنضربُ ثمانيةً في سبعةٍ ، فذٰلكَ ستَّةٌ وخمسونَ ، للابنِ تسعةٌ وأَربعونَ سهماً : ثمانيةٌ وعشرونَ منها وَقفٌ عليهِ ، وأَحدٌ وعشرونَ طِلْقٌ لَه . وللزوجةِ سبعةُ أَسهمٍ : أَربعةٌ وَقفٌ عليها ، وثلاثةٌ طِلْقٌ لها .

مسأَلةٌ : [وقف علىٰ الموالي] :

وإِنْ وَقفَ علىٰ مَواليهِ ، أَو أَوصىٰ لَهم :

فإِنْ كانَ لَه مولىً مِنْ أَعلىٰ ، وهوَ الذي أَعتقَهُ وأَنعمَ عليهِ . . صرفَ ذٰلكَ إِليه .

وإِنْ كانَ لَه مولىً مِنْ أَسفلَ ، وهوَ الذي أَعتقَهُ الواقفُ أَوِ الموصي . . صُرف ذٰلكَ إِليه .

وإِنْ كانَ لَه مولىً مِنْ أَعلىٰ ومولىً مِنْ أَسفلَ . . ففيه ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : يُصرَفُ ذٰلكَ إِليهما ؛ لأَنَّ ٱسمَ المَولىٰ لجميعِهما .

والثاني : يُصرَفُ ذٰلكَ إِلىٰ المولىٰ مِنَ أَعلىٰ ؛ لأَنَّ جنبَتَهُ أَقوىٰ ؛ لأَنّه الوارثُ له .

والثالثُ : لا يصحُّ الوقفُ ؛ لأَنَّ ٱسمَ المَولىٰ في أَحدِهما لمعنىً معيَّنٍ ، وفي الآخَرِ لمعنىً آخَرَ ، فصارَ مِنْ أَسماءِ الأَضدادِ ؛ لأَنَّ أَحدَهما مُنْعِمٌ ، والآخَرَ منعَمٌ عليهِ ، ولا يُمكنُ حملُهُ علىٰ العمومِ فيهما ؛ لأَنَّ العمومَ إِنَّما يُحملُ إِذا كانَ مِنْ أَسماءِ الأَجناسِ كالمسلِمينَ والمشركينَ .

وإِنْ كانَ الموقوفُ عليهِ والموصىٰ لَه منهما مجهولاً . . لَم يصحَّ .

مسأَلةٌ : [وقف علىٰ جماعة فمات أحدهم وله ولد] :

إِذا قالَ : وَقفتُ هٰذا علىٰ زيدٍ وعَمرٍو وبكرٍ ، فمَنْ ماتَ منهُم ولَه وَلدٌ ، فنصيبُهُ لوَلدِهِ ، فإِذا ٱنقرضوا ، فعلىٰ الفقراءِ والمساكين . . حُملَ ذٰلكَ علىٰ شرطهِ .

وإِنْ قالَ : وَقفتُهُ علىٰ زيدٍ وعَمرٍو وبكرٍ ، فإِذا ٱنقرضوا فعلىٰ الفقراءِ والمساكينِ ، فمَنْ ماتَ منهُم ولَه ولدٌ ، فنصيبُهُ لوَلدِهِ ، ومَنْ ماتَ ولا وَلدَ لَه ، نُقِلَ نصيبُهُ إِلىٰ أَهلِ الوقفِ ، أَو إِلىٰ الفقراءِ والمساكينِ . . حُملَ ذٰلكَ علىٰ ما شرطَهُ .

وإِنْ قالَ : وَقفتُهُ عليهِم ، فإِذا ٱنقرضوا ، فعلىٰ الفقراءِ والمساكينِ ، وأَطلقَ ، فماتَ وَاحدٌ منهم . . ففيهِ قولانِ[1] سواءٌ كانَ لَه وَلدٌ أَو لَم يكنْ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أَبي عليٍّ الطبريِّ ـ : أَنَّ نصيبَهُ يُصرَفُ[2] إِلىٰ الفقراءِ

---

(١) في (م) : (وجهان) .
(٢) في (م) : (ينقل) .

والمساكينِ ؛ لأنَّه لمَّا جَعلَ الجميعَ لهم إِذا ٱنقرضوا . . وَجبَ أَنْ يكونَ نَصيبُ كلِّ وَاحدٍ منهُم لَهم إِذا ٱنقرضَ .

والثاني ـ وهوَ المنصوص في « حرملة » ـ : (أَنَّ نصيبَهُ يكونُ لمَنْ بقيَ مِنَ الآخرِينَ) . وبهِ قالَ مالكٌ .

قالَ أَبو العبَّاسِ : ولأَيِّ معنىً صُرِفَ إِليهما . . يحتملُ معنيينِ :

أَحدُهما : لأَنَّه لا يُمكنُ دفعُ نصيبهِ إِلىٰ الفقراءِ والمساكينِ ؛ لأَنَّه جَعلَ ٱنقراضَ أَهلِ الوقفِ شرطاً في ٱستحقاقِ الفقراءِ ، ولَم يُوجدِ ٱنقراضُهم ، فلا يمكنُ ردُّه إِلىٰ الوَاقفِ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ قدْ زالَ عنهُ فلَمْ يبقَ إِلاَّ صَرفُهُ إِلىٰ مَنْ بقيَ منهُم ؛ لأَنَّه أَقربُ .

والمعنىٰ الثاني : أَنَّه لمَّا قالَ : وَقفتُهُ عليهِم ، فإِذا ٱنقرضوا فعلىٰ الفقراءِ والمساكينِ . . صارَ كأَنَّه وَقفَهُ عليهِم وعلىٰ مَنْ عاشَ منهُم ، وهٰذا مِنْ ضمنِ كلامهِ معلومٌ .

مسأَلةٌ : [وقف مسجداً لفئةٍ] :

إِذا وَقفَ مسجداً علىٰ الشفعويَّةِ[1] . . فهلْ يُمكَّنُ غيرُهم مِنَ الصلاةِ فيهِ ؟ حكىٰ الطبريُّ فيهِ قولينِ[2] .

وإِنْ وَقفَ مسجداً في محَلَّةٍ[3] فخربتِ المحلَّةُ ، أَو وَقفَ داراً فخربَتْ وتعطَّلَتْ منافعُها . . لَم يَبطلِ الوقفُ فيهما .

وقالَ أَحمدُ : (إِذا خربتِ المحلّةُ . . جازَ نقضُ المسجدِ وصرفُ آلتِهِ[4] إِلىٰ بناءِ مسجدٍ آخَرَ ، وإِذا خربتِ الدارُ . . جازَ بيعُها ، وصُرِفَ ثَمنُها إِلىٰ بناءِ دارٍ أُخرىٰ) .

وقالَ محمَّدٌ : يَبطلُ الوقفُ فيهما ، ويكونانِ مِلكاً للواقفِ .

---

(١) **الشفعوية** ، كالشافعية : من ينتسب للشافعي رحمه تعالىٰ .
(٢) في (م) : (وجهين) .
(٣) **المحلة** : منزل القوم الذي يحلون به كمفعلة بفتح الميم .
(٤) في نسخة : (ذٰلكَ) .

دليلُنا : أَنَّ ما زالَ المِلكُ فيهِ لِحقِّ اللهِ. . لا يبطلُ بٱختلالِ الانتفاعِ بهِ ، كما لَو أَعتقَ عبداً ثمَّ زَمِنَ[1] ، ولأَنّه قدْ يصلِّي فيهِ أَفرادُ الناسِ ، وقدْ تَعْمُرُ المحلَّةُ وتَعْمُرُ الدارُ .

فرعٌ : [وقف نخلة فيبست أو مسجداً فتلف منه شيء] :

وإِنْ وَقفَ نخلةً فٱنقلَعتْ أَو يبِسَتْ ، أَو وَقفَ مسجداً فٱنكسرتْ خَشَبَةٌ منهُ. . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ بيعُها ؛ لِما ذَكرناهُ في المسجد .

والثاني : يجوزُ بيعُها ؛ لأَنَّ منفعتَها بَطلت ، فكانَ بيعُها أَولىٰ مِنْ تَركِها .

فإِذا قُلنا بهٰذا : فهلْ يجبُ صَرفُ ثمنِها في شراءِ مِثلِها لتكونَ وَقفاً مِثلَها ، أَو يكونُ مِلكاً للموقوفِ عليهِ ، ويُصرَفُ في سائرِ مصالحِ المسجدِ ؟ فيهِ طريقانِ ، كما قُلنا في قيمةِ الوقفِ إِذا تلِفَ .

قالَ أَبو عليٍّ السنجيُّ : وكلُّ ما ٱشتريَ للمسجدِ مِنَ الحصيرِ والخشبِ والآجُرِّ والطينِ. . لا يجوزُ بيعُ شيءٍ منهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ كلَّه في حكمِ المسجدِ ، فهوَ كجزءٍ مِنْ أَجزائهِ . فإِنْ أَشرفتْ علىٰ الهلاكِ ولا يحتاجُ المسجدُ إِليها ، كالحصيرةِ الباليةِ والأَخشابِ العَفِنَةِ. . فهلْ يجوزُ بيعها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ؛ لأَنّا لو قُلنا : لا يجوزُ بيعُها. . لهَلَكَتْ .

والثاني : لا يجوزُ ، قالَ : **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنّها في حُكمِ المسجدِ .

قالَ الطبريُّ : وما أَشرفَ علىٰ الهلاكِ مِنْ أَستارِ الكعبةِ ، ولَم يبقَ فيهِ جَمالٌ ولا منفعةٌ. . فهلْ يجوزُ بيعُهُ ؟ يحتملُ أَنْ يكونَ علىٰ هٰذينِ الوَجهينِ .

قالَ : **والصحيحُ** في الكلِّ : لا يجوزُ بيعُهُ .

---

(١) **زمِن** : أصابه مرض عضال ولزمه .

فرعٌ : [وقف علىٰ ثغر فبطل] :

وإنْ وَقفَ أَرضاً علىٰ ثغرٍ ، فبطلَ الثغرُ وتعذَّرَ القتالُ فيهِ . . حُفِظَ ٱنتفاعُ الوقفِ ـ وهوَ : غلَّتُهُ ـ ولا يُصرَفُ إلىٰ غيرِهِ ؛ لجوازِ أَنْ يعودَ الثَّغرُ كما كانَ .

مسأَلةٌ : [ٱحتياج الوقف إلىٰ نفقة] :

وإذا ٱحتاجَ الوقفُ إلىٰ نفقةٍ ، بأَنْ كانَ حَيَواناً أَو أَرضاً تحتاجُ إلىٰ العمارةِ :

فإنْ شرطَ الواقفُ أَنَّ نَفَقَةَ ذٰلكَ مِنْ غلَّةِ الوقفِ . . أُنْفِقَ عليها مِنْ غلَّتِها ، وما بقيَ صُرِفَ إلىٰ أَهلِ الوقفِ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وإنْ شَرطَ الواقفُ أَنْ تكونَ نَفَقتُها مِنْ مالِهِ . . حُملَ علىٰ ذٰلكَ . وإنْ أَطلَقَ ذٰلكَ . . أُنفِقَ عليهِ مِنْ غلَّتِهِ ؛ لأَنَّه لا يمكنُ الانتفاعُ بهِ[١] إلاَّ بذٰلكَ .

فإنْ بَطلتْ منفعتُهُ[٢] ، بأَنْ كانَ عبداً فزَمِنَ :

فإنْ قُلنا : إنَّ المِلكَ[٣] فيهِ ينتقلُ إلىٰ اللهِ تعالىٰ . . أُنفِقَ عليهِ مِنْ بيتِ المالِ ، كالحرِّ المعسرِ .

وإنْ قُلنا : إنَّ الملكَ فيهِ يَنتقلُ إلىٰ المَوقوفِ عليهِ . . كانتْ نَفَقَتُهُ عليهِ .

وإنْ قُلنا بالقولِ المخرَّجِ : إنَّ مِلكَ الواقفِ باقٍ عليهِ . . وَجبتْ نَفَقتُهُ عليهِ .

مسأَلةٌ : [النظر في الوقف] :

وأَمَّا النظرُ في الوقفِ : فإنْ جعلَ الواقِفُ النظرَ فيهِ لنَفْسِهِ أَو لغيرِهِ . . حُمِلَ علىٰ ذٰلكَ ؛ لِمَا ذَكرناهُ مِنْ أَخبارِ الصحابةِ .

---

(١) في (م) : (بها) .
(٢) في (م) : (منفعتها) .
(٣) في (م) : (الوقف) .

وإن لَم نجعلْهُ إِلىٰ أَحدٍ : فإِنْ قُلنا : إِنَّ المِلكَ فيهِ يَنتقلُ إِلىٰ اللهِ. . كانَ النظرُ فيهِ إِلىٰ الحاكمِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّه ينتقلُ إِلىٰ المَوقوفِ عليهِ. . كانَ النظرُ فيهِ إِليهِ .

وإِنْ قُلنا بالقولِ المخرَّجِ : إِنَّه باقٍ علىٰ مِلكِ الواقفِ. . كانَ النظرُ فيهِ إِليهِ .

فإِنْ جَعلَ الواقفُ النظرَ فيهِ إِلىٰ ٱثنينِ مِنْ أَهلِ الوَقفِ ، ولَم يوجدْ في أَهلِ الوقفِ مَنْ يَصلحُ للنَّظرِ إِلاَّ وَاحدٌ. . ضَمَّ إِليهِ الحاكمُ وَاحداً ؛ لأَنَّ الواقفَ لَم يرضَ إِلاَّ بنظرِ ٱثنينِ .

مسأَلةٌ : [وقف علىٰ أَولاده أرضاً بأيديهم] :

إِذا وَقفَ علىٰ أَولادِهِ أَرضاً وهيَ في أَيديهِم ، فٱختلفوا فيها :

فقالَ الذكورُ : جعلَها للذكرِ مثلُ حظِّ الأُنثيينِ ، وقالَ الإِناثُ : بلْ جعلَ الذكورَ فيها والإِناثَ سواءً .

أَو قالَ أَهلُ البطنِ الأَوَّلِ : هيَ علىٰ الترتيبِ ، وقالَ أَهلُ البطنِ الثاني : هيَ علىٰ التشريكِ بيننا وبينكُم : فإِنْ كانَ هناكَ بيِّنةٌ. . عُمِلَ بها ، وإِنْ لَم تكنْ هناكَ بيِّنةٌ ، فإِنْ كانَ الواقفُ حيّاً . . رُجعَ إِليهِ في بيانِهِ ؛ لأَنَّه ثبتَ بقولِهِ ، فرُجعَ إِليهِ . وإِنْ كانَ مَيْتاً. . حَلَفوا ، وجُعِلَتْ بينهُم بالسويَّةِ ؛ لأَنَّه لا مزيَّةَ لقولِ بعضِهم علىٰ بعضٍ ، فتحالفوا ، كما لوِ ٱختلفَ ٱثنانِ في مِلكِ دارٍ .

فرعٌ : [أرضٌ بعضها وقف والآخر طلق] :

إِذا كانَ هناك أَرضٌ بعضُها وَقفٌ وبعضُها طِلْقٌ ، فأَرادَ أَهلُ الطِّلْقِ أَنْ يُقاسموا أَهلَ الوقفِ ، والأَرضُ مِمَّا يحتملُ القسمةَ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ القسمةَ بيعٌ. . لَم تصحَّ القِسمةُ ؛ لأَنَّ الوقفَ لا يصحُّ بيعُهُ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّها فرزُ النصيبينِ ، ولَم يكنْ فيها ردٌّ. . صحَّتِ القسمةُ ، وإِنْ كانَ فيها ردٌّ. . نظرتَ :

فإِنْ كانَ صاحبُ الطِّلْقِ يَردُّ علىٰ أَهلِ الوقفِ. . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّه يُعطي عِوضاً عَنْ شيءٍ يأخذُهُ مِنَ الوقفِ ، وذٰلكَ لا يجوزُ .

وإنْ كانَ أَهلُ الوقفِ يردُّونَ علىٰ صاحبِ الطِّلْقِ. . صحَّ ؛ لأَنَّهم يميِّزونَ الوقفَ ، ويبذلونَ العِوَضَ عَنْ شيءٍ يملكُونَهُ مِنْ حقِّ الشريكِ ، وذٰلكَ جائِزٌ .

وأَمَّا قسمةُ الوقفِ بينَ أَربابِهِ : فقالَ سُليمٌ وٱبنُ الصبَّاغِ : لا يصحُّ قولاً واحداً ؛ لأَنَّا وإنْ قُلنا إنَّ القسمةَ فرزُ النصيبينِ ، إلاَّ أَنَّهُ يتعلَّقُ بها حقُّ البطنِ الثاني ، فلا يجوزُ لأَهلِ البطنِ الأَعلىٰ التصرُّفُ بحقوقِهِ ، ولأَنَّ ذٰلكَ تغييرٌ للوَقفِ ، وهوَ لا يجوزُ تغييرُهُ .

مسأَلةٌ : [أشياء كانت في الجاهلية] :

ذَكرَ أَصحابُنا في تفسيرِ قولِ اللهِ تعالىٰ : ﴿ مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ ﴾ [المائدة : ١٠٣] وهٰذهِ أَشياءُ كانَ يفعلُها أَهلُ الجاهليةِ ، فوردَ الشرعُ بإِبطالها .

فأَمَّا (السائبةُ) : فإِنَّ الناقةَ كانتْ إذا وَلدَتْ عَشرَةَ بطونٍ كلُّها إناثٌ متواليةٌ سيَّبوها إكراماً لها ، فلا تُركَبُ ولا يُجزُّ وَبَرُها ، ولا يَشرَبُ مِنْ لبَنِها أَحدٌ إلاَّ أَنْ يطرُقَهم ضيفٌ ولا لَبَنَ عندَهُم فيحلبونها لَه ، فإذا ماتتْ : أَكلَها الرجالُ دونَ النساءِ ، وكانوا يستحلُّونَ أَكلَ الميْتةِ . وقد سمَّىٰ الفقهاءُ العبدَ يُعتَقُ بشرطِ أَنْ لا وَلاءَ عليهِ سائبةً .

وأَمَّا (البَحِيْرَةُ) : فهوَ وَلدُ السائبةِ بعدَ أَنْ تُسيَّبَ ، ويكونُ حكمُهُ حكمَ أُمِّهِ .

وإنَّما سمِّيَ بحيرةً ؛ لأَنَّهم كانوا يشقُّونَ أُذنَهُ ليُعلَمَ أَنَّهُ وَلدُ السائبةِ . و(البَحْرُ) : الشَّقُ . ومنهُ سمِّيَ البَحْرُ بحراً ؛ لأَنَّ اللهَ تعالىٰ جعلَهُ مشقوقاً في الأَرضِ شقّاً .

وقيلَ (البَحِيْرَةُ) : الناقةُ إذا وَلدتْ خمسةَ بطونٍ ، فتُشَقُّ أُذنُها وتُسيَّبُ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

وأَمَّا (الوَصِيلَةُ) : فهيَ الناقةُ أَوِ الشاةُ إذا وَلدَتْ سَبْعةَ بطونٍ ، في ستٍّ أُنثيانِ أُنثيانِ ، وفي السابعةِ ذَكرٌ وأُنثىٰ ؛ لأَنَّها وَصلَتِ الذكرَ بالأُنثىٰ ، فَيسيِّبونَها ولا يَشربُ مِنْ لبَنِها إلاَّ الرجالُ دونَ النساءِ .

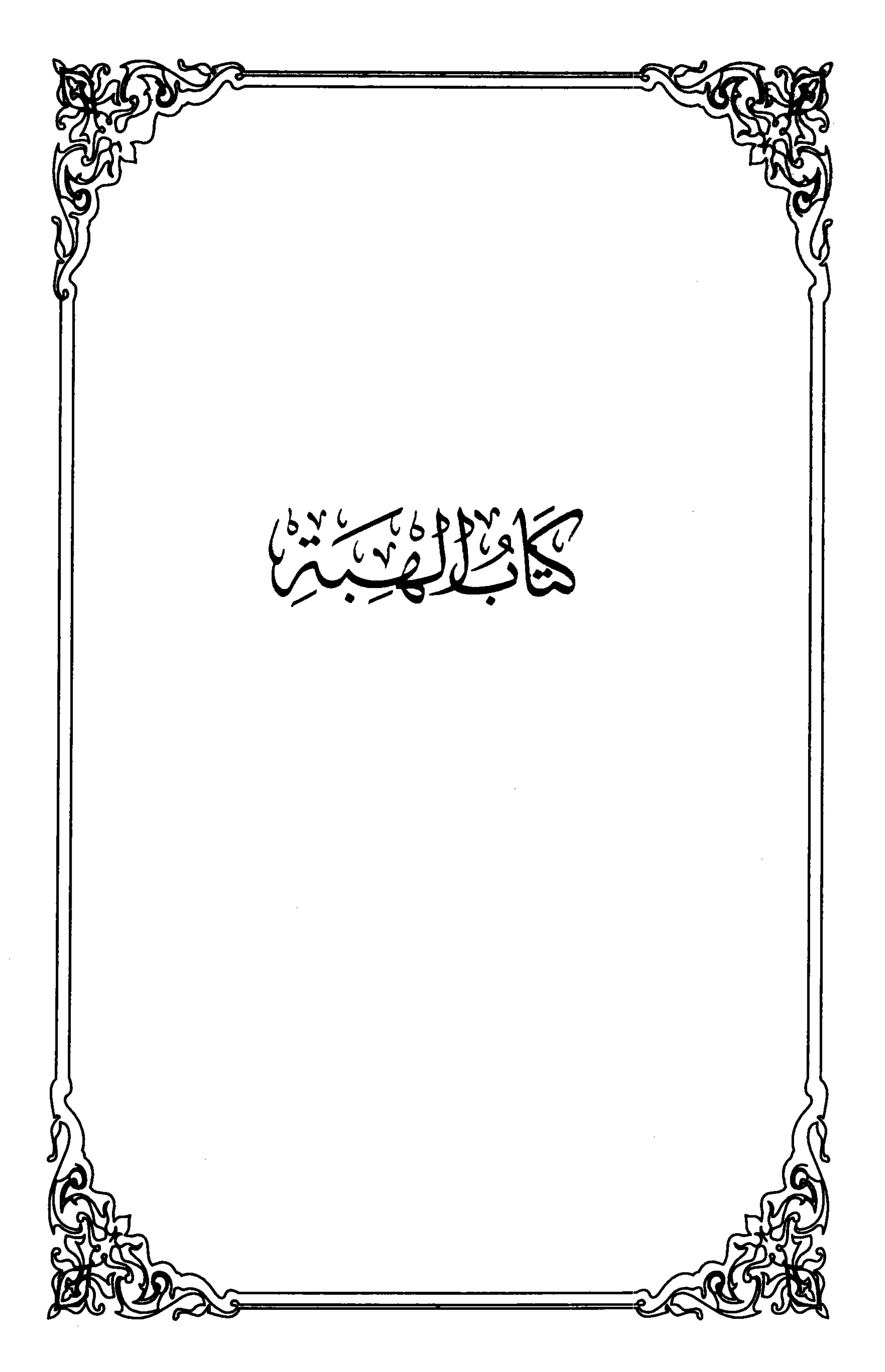
وأَمَّا (الحامُ) : فقيلَ : هوَ الفحلُ إذا نُتِجَ منهُ عشرةُ بطونٍ ، قيلَ : قدْ حمىٰ ظهرَهُ ، وسُيِّبَ .

وقيلَ : هوَ الفحلُ الذي نتجَ وَلدُ وَلدِهِ ، فيسيَّبُ ولا يُنتفعُ بهِ ، وكانوا يعتقدونَ ذٰلكَ قُربةً .

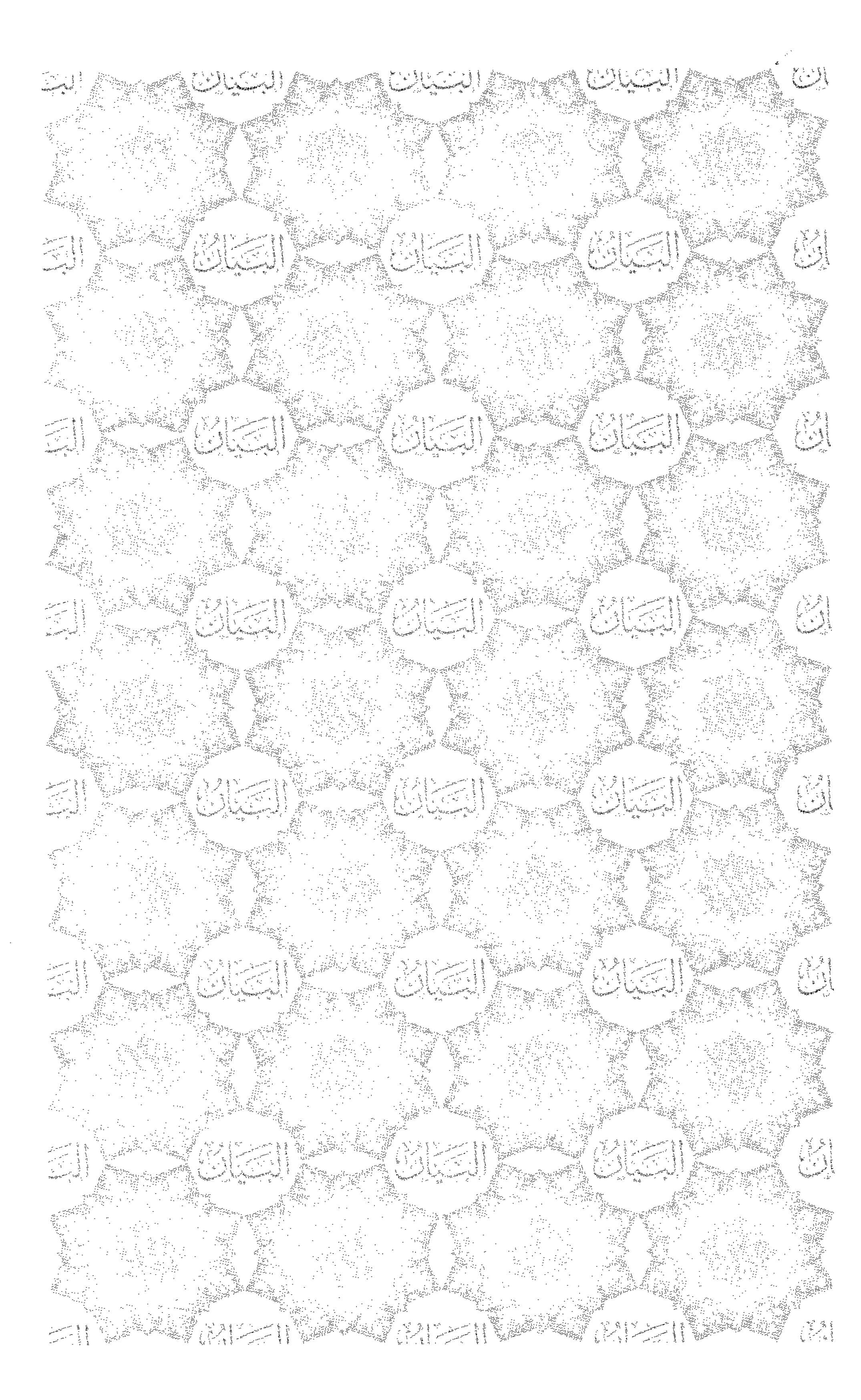
قالَ الشافعيُّ : (وهٰذا تأويلُ ما رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ جاءَ بإِطلاقِ الحَبْسِ ، وهوَ الحبسُ الذي كانتْ تَفعلُهُ الجاهليةُ مِنَ البحيرةِ والسائبةِ والوصيلةِ والحامِ ، ولا يُعلَمُ أَنَّ أَحداً منهُم حَبَسَ دارَهُ أَو أَرضَهُ) .

واللهُ أَعلمُ وباللهِ التوفيقُ

* * *



كِتَابُ الْهِبَةِ



كتاب الهبة(١)

الهبةُ : تمليكُ العينِ بغيرِ عِوَضٍ . وهيَ مندوبٌ إليها ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة : ٢] وقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ وَٱلْكِتَٰبِ وَٱلنَّبِيِّۦنَ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ ﴾

[البقرة : ١٧٧]

ورويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « تَهَادُوْا تَحَابُّوْا »(٢) .

---

(١) الهبة : وصدقة التطوع والهدية ، والعطية أنواع من البرّ متقاربة ، يجمعها تمليك بلا عوض ، فإن تمحض فيها طلب التقرب إلىٰ الله تعالىٰ بإعطاء محتاج فهي صدقة ، وإن حُملت إلىٰ مكان المُهدَىٰ إليه إكراماً وإعظاماً وتودداً فهي هدية ، وإلا فهبة ، فكل هدية وصدقة وعطية هبة ، ولا ينعكس . هٰذا ما ذكره أصحابنا في حدودها . والهبة يقال فيها : وهبت الشيء أَهَبُه هبة ، ومَوهِباً ووَهْباً ووَهَباً وهبة ، والاسم الموهِب والموهِبة . والاتهاب : قبول الهبة . والاستيهاب : سؤالها ، ووهّاب ووهّابة : كثير الهبة . وقولهم : وهب منه ثوباً ، الأجود حذف لفظة من . « تصحيح التنبيه » و« مقاييس اللغة » . ودليل مشروعيتها قوله تعالىٰ : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] ، وحكمة تشريعها : أنها تورث الألفة والمحبة بين الناس .

(٢) رواه عن أبي هريرة البخاري في « الأدب المفرد » (٥٩٥) ، والترمذي (٢١٣١) بلفظ : « تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدور » ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/١٦٩) في الهبات وقال : غريب . قال في « تلخيص الحبير » (٣/ ٨٠) : بإسناد حسن ، وزاد نسبته إلىٰ ابن طاهر ورواه في « مسند الشهاب » . وفيه أيضاً :
عن عائشة : « تهادوا تزدادوا حباً » وإسناده غريب . وفي الباب أيضاً : عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية قال ابن طاهر : إسناده أيضاً غريب وليس بحجة .
وعن عطاء الخراساني رواه مالك في « الموطأ » (٢/٩٠٨) [في حسن الخلق] رفعه : « تصافحوا يذهب الغل ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء » ، وفي « الأوسط » للطبراني من طريق عائشة رفعه : « تهادوا تحابوا ، وهاجِروا تورِثوا أولادكم مجداً ، وأقيلوا الكرام عثراتهم » وفي إسناده نظر . ا .هـ . =

وأجمعَ المسلمونَ علىٰ ٱستحبابِها[١] .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنَّ الهبةَ للأقاربِ أفضلُ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [البقرة : ١٧٧] فبدأَ بهم ، والعَرَبُ تبدأُ بالأهمِّ فالأهمِّ .

وقالَ النبيُّ ﷺ : « ٱلرَّحمُ شُجْنَةٌ مِنَ ٱلرَّحْمٰنِ فَمَنْ وَصَلَهَا . . وَصَلَهُ ٱللهُ ، وَمَنْ قَطَعَهَا . . قَطَعَهُ ٱللهُ »[٢] .

و(الشجنة) : تروىٰ بضمِّ الشينِ وكسرِها .

ورويَ : عَنِ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قالَ : « يَقُوْلُ ٱللهُ : أَنَا ٱللهُ ، وأَنَا ٱلرَّحْمٰنُ ، وأَنَا خَلَقْتُ ٱلرَّحِمَ ، وَشَقَقْتُ لَهَا مِنِ اسْمِيْ ، فَمَنْ وَصَلَهَا . . وَصَلْتُهُ ، وَمَنْ قَطَعَهَا . . بَتَتُّهُ »[٣] . يعني : قطعتُهُ .

= وعن ابن عمر رواه الحاكم في « معرفة علوم الحديث » (ص/ ٨٠) والقضاعي في « مسند الشهاب » (٦٥٧) . قال ابن الملقن في « خلاصة البدر المنير » (١٦٩٦) نقلاً عن ابن طاهر : هو أصح ما ورد في الباب مع الاختلاف عليه .

(١) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥٩٨) : وأجمعوا أن الرجل إذا وهب لرجل داراً أو أرضاً أو عبداً علىٰ غير عوض بطيب نفس المعطي ، وقبل الموهوبُ له ذٰلك وقبضه يُدفعُ من الواهب ذٰلك إليه ، وأجازهُ ، أَن الهبة له تامة .

وقال الصفدي في « رحمة الأمة » (ص/ ٣٥٧) : اتفق الأئمة علىٰ أن الهبة تصح بالإيجاب والقبول والقبض . أي فلا تملك إلا بالقبض لا بنفس العقد .

(٢) أخرجه عن عبد الله بن عمرو رضي الله تعالىٰ عنهما أبو داود طرفاً منه (٤٩٤١) في الأدب ، والترمذي (١٩٢٥) واللفظ له في البر والصلة ، وقال : حسن صحيح ، والحاكم في « المستدرك »(٤/ ١٥٩) وصححه ، والبيهقي طرفه في « السنن الكبرىٰ »(٩/ ٤١) في السير و« الأسماء والصفات » (٤٢٣) . قال السخاوي في « المقاصد الحسنة » : وكأن ذٰلك باعتبار ما له من المتابعات والشواهد ، وإلا فأبو قابوس لم يرو عنه سوىٰ ابن دينار ، ولم يوثقه سوىٰ ابن حبان علىٰ قاعدته في توثيق المجاهيل . **الشجنة** : عروق الشجر المشتبكة ، ويقال : بيني وبينه شجنة : أي قرابة مشتبكة . **والرحم** : مشتقة من الرحمن ، والمعنىٰ : أنَّ لها قُرباً من الله تعالىٰ .

(٣) أخرجه ـ بألفاظ متقاربة ـ عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه من طريقين البخاري في « الأدب المفرد » (٥٣) ، وأبو داود (١٦٩٤) و(١٦٩٥) في الزكاة ، والترمذي (١٩٠٨) في البر والصلة ، وأحمد في « المسند » (١/ ١٩٤) ، والحاكم في « المستدرك »(٤/ ١٥٧ =

وقالَ ﷺ : « صَدَقَتُكَ علىٰ غَيْرِ ذِيْ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وَصَدَقَتُكَ علىٰ ذِيْ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » .

وقالَ ﷺ : « أَفْضَلُ ٱلصَّدَقَةِ : علىٰ ذيْ ٱلرَّحِمِ ٱلكَاشِحِ » يعني : المعاديَ ؛ لأَنَّ الصدقةَ تَقطَعُ العَداوةَ وترفَعُها .

وقالَ ﷺ : « مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُنْسَأَ فِيْ أَجَلِهِ ، وَيُوَسَّعَ فِيْ رِزْقِهِ . . فَلْيَصِلْ رَحِمَهُ »[1] .

وفي الهبةِ صلةٌ للرَّحمِ .

فإذا أَرادَ أَن يهبَ أَولادَهُ . . **فالمستحبُّ** أَنْ يَعمَّهُم ، وأَنْ يساويَ بينَ الذكورِ والإناثِ . وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ ، **وأَكثرُ أَهلِ العلمِ** .

وقالَ شريحٌ : **المستحبُّ** أَنْ يجعلَ للذكرِ مثلَ حظِّ الأُنثيينِ . وبهِ قالَ أَحمدُ وإسحاقُ .

دليلُنا : ما روىٰ ٱبنُ عبَّاسٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « سَوُّوا بَيْنَ أَوْلاَدِكُمْ فِي ٱلْعَطِيَّةِ ، فَلَوْ كُنْتُ مُفَضِّلاً أَحداً . . لَفَضَّلْتُ ٱلبَنَاتِ »[2] .

= و١٥٨) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٢٠٢٣٤) بإسناد صحيح .
وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما رواه الحكيم كما في « الكنز » (٦٩٥٥) في الترهيب عن قطع الرحم .

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (٥٩٨٥) في الأدب ، وأحمد في « المسند » (٢/ ٣٧٤) ، وأبو يعلىٰ في « المسند » (٦٦٢٠) .
وعن أنس أخرجه البخاري (٥٩٨٦) في الأدب وفي « الأدب المفرد » (٥٦) ، ومسلم (٢٥٥٧) في البر والصلة ، وأحمد في « المسند » (٣/ ١٥٦) ، وأبو داود (١٦٩٣) في الزكاة ، وابن المبارك في « البر والصلة » (٢١٠) ، ووكيع في « الزهد » (٤٠٥) ، وهنّاد بن السري في « الزهد » (١٠٠٧) ، والخرائطي في « مكارم الأخلاق » (ص/ ٥١) ، وأبو نعيم الأصبهاني في « أخبار أصبهان » (٢/ ٢٤٤) وغيرها .

(٢) أخرجه عن الحبر ابن عباس رضي الله عنهما الطبراني في « الكبير » (١١٩٩٧) ، وابن عدي في « الكامل » (٣/ ١٢١٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٧٧) في الهبات وفي إسناده سعيد بن يوسف متفق علىٰ ضعفه ، لكن حسنه الحافظ في « الفتح » (٥/ ٢١٤) ، وفيه : (النساء) بدل : (البنات) .

وروىٰ النعمانُ بنُ بشيرٍ : أَنَّ أَباهُ بشيرَ بنَ سعدٍ أَتىٰ النبيَّ ﷺ وقالَ : إِنِّي نَحَلْتُ ٱبني هٰذا غلاماً كانَ لي ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هٰذا ؟ » قالَ : لاَ . قالَ : « أَيَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا فِي ٱلبِرِّ سَوَاءً ؟» قالَ : نَعَمْ ، قالَ : « فَأَرْجِعْهُ ». وروِيَ : «فَٱرْدُدْهُ»[١] .

و(النِّحلةُ) ـ بضمِّ النونِ وبكسرِها ـ هي : العطيَّةُ .

قالَ الشافعيُّ [في « مختصر المزني » (٣/ ١٢٢)] : (ولأَنَّ الأَقاربَ ينفُسُ بعضُهم بعضاً ما لا ينفسُ العِدا) .

يعني : أَن الأَقاربَ يتنافسونَ ويتحاسدونَ أَكثرَ مِنَ الأَجانبِ ، وربَّما أَدَّىٰ ذٰلكَ إِلىٰ قطعِ الرَّحمِ . فـ (العِدا) ـ بكسرِ العينِ ـ : الأَجانبُ والأَباعدُ . و(العُدا)[٢] ـ بضمِّ العينِ ـ : العداوةُ .

---

(١) أخرجه عن النعمان بن بشير رضي الله عنه مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٥١) في الأقضية ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٨٣) في الهبة والعمرىٰ ، وأحمد في « المسند » (٤/ ٢٦٨) ، والبخاري (٢٥٨٦) و(٢٥٨٧) ، ومسلم (١٦٢٣) في الهبات ، وأبو داود (٣٥٤٣) في البيوع ، والترمذي (١٣٦٧) في الأحكام ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٦٧٢) وإلىٰ (٣٦٧٥) و(٣٦٧٧) في النحل ، وابن ماجه (٢٣٧٦) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٤٩١) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٧/ ٣١٦) في الوصايا ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٩٩١) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٧٦) في الهبات .

قال الترمذي : هٰذا حديث حسن صحيح ، وقد روي من غير وجه عن النعمان ، والعمل علىٰ هٰذا عند بعض أهل العلم يستحبون التسوية بين الولد حتىٰ قال بعضهم : يسوّي بين ولده حتىٰ في القبلة . وقال بعضهم : يسوي بين ولده في النحل والعطية يعني الذكر والأنثىٰ سواء ، وهو قول سفيان الثوري . وقال بعضهم : التسوية بين الولد أن يعطي الذكر مثل حظ الأنثيين ، مثل قسمة الميراث وهو قول أحمد وإسحاق .

(٢) العُدا : قال ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » : العين والدال والحرف المعتلّ أصل واحد صحيح يرجع إليه الفروع كلها ، وهو يدل علىٰ تجاوز في الشيء وتقدم لما ينبغي أن يقتصر عليه .

وقال الشاعر من البسيط كما في «النظم المستعذب» :

إذا كنت في قوم عِدىً لست منهم ... فكُلْ ما عُلِفتَ من خبيث وطيّب

ينفس : يحسد ، يقال : نفست عليَّ : أي حسدت . فأراد : أن ذوي القرابة يحسد بعضهم بعضاً حسداً لا تفعله العدىٰ ، وهم الغرباء الذين ليس بينهم قرابة .

فإنْ وهبَ لبعضِ أولادِهِ دونَ بعضٍ ، أو فاضلَ بينهُم . . صحَّ ذٰلكَ ، ولم يأثَمْ بهِ ، غيرَ أنَّه قد فعلَ مكروهاً ، وخالفَ السُّنَّةَ . وبهِ قالَ مالكٌ وأبو حنيفةَ .

وقالَ طاووسٌ ، وأحمدُ ، وإسحاقُ : (لا تصحُّ الهبةُ) .

وقالَ داودُ : (تصحُّ ، ولٰكنْ يجبُ عليهِ أنْ يرجعَ فيها) .

دليلُنا : قولُه ﷺ في حديثِ النعمانِ بنِ بشيرٍ : « فٱرجِعْهُ » . فلولا أنَّ الهبةَ قَدْ صحَّتْ . . لمَا أمرَهُ بالرَّجعَةِ .

وفي روايةٍ : أنَّ النعمانَ بنَ بشيرٍ قالَ : يا رسولَ اللهِ! إنَّ أُمَّهُ قالتْ : لا أرضىٰ حتّىٰ يشهدَ رسولُ اللهِ ﷺ ، فلمَّا قالَ لَه ما قالَ مِنْ أنَّه لَم يَنحِلْ جميعَ وَلدِهِ مثلَهُ . . قالَ لَه النبيُّ ﷺ : « أَشْهِدْ علىٰ هٰذا غَيْرِي »[1] فلَو لَم تصحَّ الهبةُ . . لمَا أمرَهُ بأنْ يُشهدَ عليهِ غيرَهُ ، وإنَّما ٱمتنعَ مِنْ أنْ يَشهدَ علىٰ ذٰلكَ ؛ لئلاَّ يصيرَ ذٰلكَ سُنَّةً .

ورويَ : أنَّ أبا بكرٍ الصدِّيقَ رضيَ اللهُ عنهُ : (نَحلَ عائشةَ جدادَ عشرينَ وسقاً مِنْ مالِهِ دونَ سائرِ أولادِهِ)[2] .

ورويَ : (أنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ وهبَ ٱبنهُ عاصماً دونَ عبدِ اللهِ وعبيدِ اللهِ وزيدٍ)[3] . وكذٰلكَ رويَ عَن عبدِ الرحمٰنِ بنِ عوفٍ[4] . ولا مخالفَ لَهم .

---

(١) أخرجه عن النعمان مسلم (١٦٢٣) (١٧) ، وأبو داود (٣٥٤٢) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٦٧٦) و(٣٦٨٠) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٩٩٢) ، وابن ماجه (٢٣٧٥) في النحل والهبات . ويشهد له أيضاً لفظ : « لا تشهدني علىٰ جور » رواه البخاري (٢٦٥٠) ، ومسلم (١٦٢٣) (١٦) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٤٩٤) وابن أبي شيبة في « المصنف » (٣١٦/٧) ، وغيرهم .

(٢) أخرجه عن عائشة الصديقة مالك في « الموطأ » (٧٥٢/٢) ، وابن سعد في « الطبقات » (١٩٤/٣ و١٩٥) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٥٠٧) ، وعن الشافعي البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٧٠/٦ و١٧٨) في الهبات ، باب : ما يستدل به علىٰ أن أمره بالتسوية بينهم في العطية علىٰ الاختيار دون الإيجاب . **الجداد** : قطف الثمر عند نضجه كالحصاد في الزرع . وسيأتي قريباً .

(٣) أورده عن عمر الشافعي كما في « المختصر » (١٢٢/٣) ، وعنه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٧٨/٦) في الهبات .

(٤) أورده عن عبد الرحمن بن عوف الشافعي في « المختصر » (١٢٢/٣ ـ ١٢٣) ، والبيهقي عنه=

ولا يَستنكفُ أَنْ يَهبَ القليلَ ، ولا أَنْ يتَّهِبَهُ ؛ لقولهِ ﷺ : « لَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ . . لَقَبِلْتُ ، وَلَوْ دُعِيتُ إِلىٰ كُرَاعٍ . . لأَجَبْتُ »[١] .

مسألةٌ : [قَبول الهبة والهدية][٢] :

الهبةُ والهديَّةُ وصدقةُ التطوُّعِ حكمُها واحِدٌ ، وكلُّ لَفظٍ مِنْ هٰذهِ الأَلفاظِ يقومُ مقامَ الآخَرِ ، ولا يصحُّ شيءٌ مِنْ هٰذا كلِّهِ إلاَّ بالإِيجابِ والقَبولِ ، ويكونُ القَبولُ فيهِ عقيبَ الإِيجابِ ، كما قُلنا في البيعِ .

وقالَ أَبو العبَّاسِ : يصحُّ أَنْ يكونَ القَبُولُ في ذٰلكَ متراخياً عَنِ الإِيجابِ[٣] ؛ لـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ أَهدىٰ إِلىٰ النجاشيِّ وكانَ في أَرضِ الحبشةِ)[٤] .

= في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٧٨) في الهبات .

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (٢٥٦٨) في الهبة ، و(٥١٧٨) في النكاح ، وأحمد في « المسند » (٢/ ٤٢٤ و٤٧٩) والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٦٩) في الهبات وفي الباب :
عن أنس رواه الترمذي (١٣٣٨) في الأحكام وفي « الشمائل » (٣٣٧) وقال : حديث حسن صحيح ، وفي الباب : عن علي وعائشة ، والمغيرة وسلمان ومعاوية بن حيدة وعبد الرحمن بن أبي علقمة . وفيه لفظ : « لو دعيت إلىٰ ذراع » و« لو أهدي إلي كراع » .
الذراع : يريد لحم اليد من الحيوان . **الكراع** : هو من الحيوان ما دون الكعب من مستدق .

(٢) في نسخة : (إذا ثبت هٰذا فإن) .

(٣) في هامش نسخة : (قال الشيخ أبو حامد في « التعليق » : ظاهر قول أبي العباس أن قبول الهبة يصح علىٰ التراخي ، وهو ظاهر الشريعة ، لأن النبي ﷺ أهدىٰ إلىٰ النجاشي ، ولا يزال الناس يفعلونه ، قال : وهٰذا عندي غلط ، لا تصحُّ الهبة حتىٰ يكون القبول حوىٰ الإيجاب ، لأنه تمليك رقاب الأملاك في حال الحياة ، فأشبه البيع ، قال : والذي فعله النبي ﷺ ونقله الناس إنما هو إباحة وإذا أراد الهدية وكّل الرسولَ الحامل لها حتىٰ يوجب فيقرّ للمهدىٰ إليه فتملك بذٰلك . . .) .

(٤) قال موسىٰ بن عقبة عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ قال لها : « إني قد أهديت إلىٰ النجاشي حلة وأواقي من مسك ولا أرىٰ النجاشي إلا قد مات ، ولا أرىٰ هديتي إلا مردودة ، فإن ردت عليَّ فهي لك . . . » رواه أحمد كما في « الفتح الرباني » (١٥/ ١٧١) . وفيه دلالة علىٰ أن الهدية والهبة لا تملكان إلا بالقبض . اهـ من « إرشاد الفقيه » (٢/ ١٠٤) . =

والأَوَّلُ أَصحُّ ؛ لأنَّه تمليكٌ في حالِ الحياةِ ، فكانَ القَبُولُ فيهِ علىٰ الفورِ ، كالبيعِ . هٰذا نقلُ البغداديِّينَ مِنْ أَصحابِنا ، وبهِ قالَ مالكٌ وأَبو حنيفةَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٣] : الهديَّةُ لا تفتقرُ إلىٰ القَبُولِ .

وقالَ ابنُ الصبَّاغِ : لا تفتقرُ الهبةُ والهديَّةُ وصَدقَةُ التطوُّعِ إلىٰ الإيجابِ والقَبولِ ، بل إذا وُجدَ منهُ ما يدلُّ علىٰ التمليكِ . . صحَّ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ كانَ يُهدىٰ إليهِ ، فيَقبِضُهُ ، ويتصرَّفُ فيهِ[1] ، ولَم يُنقلْ في شيءٍ مِنْ ذٰلكَ أَنَّ الرسولَ أَوجبَ له ، ولا أَنَّه قَبِلَ . وكذٰلكَ : (أَهدىٰ إلىٰ النجاشيِّ وكانَ في أَرضِ الحبشةِ) . وما نُقلَ أَنَّ النبيَّ ﷺ أَمرَ بالإيجابِ والقَبولِ . وكذٰلكَ الناسُ يَدفعونَ صَدقاتِ التطوُّعِ فيقبِضُها المدفوعُ إليهم ، ويتصرَّفونَ فيها مِنْ غيرِ إيجابٍ وقَبولٍ ، ولَم يُنكرْ هٰذا منكِرٌ ، فدلَّ علىٰ أَنَّه إجماعٌ .

فإنْ قيلَ : فهٰذه إباحاتُ مالٍ ؟ فالجوابُ : أَنَّ الناسَ أَجمعوا علىٰ تسميةِ ذٰلكَ هبةً ، وهديَّةً ، وصدقةً ، ولأنَّ الإباحةَ تختصُّ بالمباحِ لَه ، وقد كانَ النبيُّ ﷺ : (إذا أُهديَ إليهِ شيءٌ . . يُهديهِ إلىٰ زوجاتِهِ وغيرِهنَّ ، وقد أُهديَتْ لَه حُلَّةٌ ، فأَهدَاها لعليٍّ رضيَ اللهُ عنهُ)[2] .

والمذهب الأوَّل .

= وأورده ابن عبد البر في « الاستيعاب » (٤/ ٤٨٩ ـ ٤٩٠) هامش « الإصابة » ، وأيضاً من طريق موسىٰ بن عقبة ابن حجر في « الإصابة » (١٤٧٢) قسم النساء ونسبه إلىٰ ابن أبي عاصم في « الوحدان » ثم قال : ورواه مسدد عن مسلم بن خالد لكن لم ينسبها أخرجه ابن منده من طريقه فقال : أم كلثوم غير منسوبة .

وعن أم سلمة رضي الله عنها أخرجه ابن حبان في « الإحسان » (٥١١٤) بإسناد ضعيف ، وفيه : (ورُدَّت الهدية ، فدفع النبي ﷺ إلىٰ كل امرأة من نسائه أوقية من مسك ودفع الحلة وسائر المسك لأم سلمة) .

(١) يدل لذٰلك حديث الصعب بن جثامة عند البخاري (٢٥٧٣) في الهبة ، باب : قبول الهدية وفيه : (أنه أهدىٰ لرسول الله ﷺ حماراً وحشياً) .

وعن عائشة الصديقة رواه البخاري (٢٥٧٤) : (أن الناس كانوا يتحرون بهداياهم يوم عائشة) .

وعن ابن عباس روىٰ البخاري (٢٥٧٥) : (أهدت أم حفيد إلىٰ النبي ﷺ أقطاً وسمناً وأضباً . . .) . وفي الباب الشيء الكثير من هٰذا القبيل والله أعلم .

(٢) أخرجه عن علي أبي الحسن مسلم (٢٠٧١) ، وأبو داود (٤٠٤٣) في اللباس ، والنسائي في=

مسأَلَةٌ : [لزوم الهبة بالقبض] :

ولا تلزمُ الهبةُ إِلاَّ بالقبضِ : فإِذا وَهبَ لغيرِه عيناً . . فالواهبُ بالخيارِ : إِنْ شاءَ أَقبضَ الموهوبَ لَه ، وإِنْ شاءَ لَم يُقبضْهُ . وبهِ قالَ الثوريُّ وأَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (تلزمُ الهبةُ بالإِيجابِ والقبولِ مِنْ غيرِ قبضٍ ، فإِنِ ٱمتنعَ الواهبُ مِنَ الإِقباضِ . . رفعَهُ الموهوبُ لَه إِلىٰ الحاكمِ ؛ ليُجبرَهُ علىٰ الإِقباضِ) ، كما قالَ في الرهنِ ، وقالَ : (إِذا أَعارَ الرجلُ دارَهُ شهراً . . فقدْ لزمَ المعيرَ ذٰلكَ ، وليسَ لَه أَنْ يَرجعَ في العاريَّةِ قبلَ ٱنقضاءِ الشهرِ) .

دليلُنا : ما رويَ : (أَنَّ أَبا بكرٍ نَحلَ عائشةَ رضيَ اللهُ عنها جدادَ عشرينَ وَسقاً مِنْ مالِهِ ، فلمَّا حَضرتْهُ الوفاةُ . . قالَ : يا بُنيَّةُ ، ما أَحدٌ أَحبُّ إِليَّ منكِ ولا أَعزُّ عَليَّ فَقْداً مِنْكِ) . وفي روايةٍ : (ما أَحدٌ أَحبُّ إِليَّ غنىً منكِ ، ولا أَعزُّ عليَّ فقراً مِنْكِ ، وإِنِّي كنتُ نَحلتُكَ جدادَ عشرينَ وَسقاً مِنْ مالي ، ووَدِدْتُ أَنَّكِ جَذَذْتِهِ وحُزتِهِ وقبضْتِهِ ، وإِنَّما هوَ اليومَ مالُ الوارثِ ، وإِنَّما هُم أَخواكِ وأُختاكِ ، فٱقتسموهُ علىٰ كتابِ اللهِ ، فقالتْ : لَو كانَ كَذا وكذا ـ تعني : أَكثرَ ـ لَتركْتُهُ ، أَمَّا أَخوايَ . . فنعمْ ، وأَمَّا أُختايَ . . فما لي إِلاَّ وَاحدةٌ : أسماءُ ، فمَنِ الأُخرىٰ ؟! فقالَ : إِنَّه قدْ أُلقيَ في رُوعيَ ـ وفي روايةٍ : أَنَّ روحَ القُدُسِ نفثَ في رُوعي ـ أَنَّ في بطنِ بنتِ خارجةَ جاريةً وكانتْ زوجةُ أَبي بكرٍ بنتُ خارجةَ حاملاً فوَلَدتْ جاريةً) .

قال : و(الروعُ) ـ بضمِّ الراءِ ـ : الذِّهن ، و ـ بفتحِها ـ : الزيادةُ .

ووجه الدلالةِ مِنَ الخبرِ : أَنَّه كانَ وَهَبَها في صحَّتِهِ ، وإِنَّما لَمْ يُقبِضْها حتَّىٰ مَرضَ ، والإِقباضُ في مرضِ الموتِ كالعطيَّةِ ، والعطيَّةُ للوارثِ لا تَصحُّ .

وقيلَ : إِنَّ الَّذي كانَ نَحلَها ثمرةَ نَخْلٍ .

= « الصغرىٰ » (٥٢٩٨) في الزينة .

وبنحوه عن علي أيضاً رواه البخاري (٢٦١٤) في الهبة ، ومسلم (٢٠٧١) (١٩) في اللباس . وفيه : (فلبستها فرأيت الغضب في وجهه فشققتها بين نسائي) .

ورويَ عن عُمرَ : أَنَّهُ قالَ : (لا تتمُّ نِحْلَةٌ حتَّىٰ يَحوزَها المنحولُ)[١] .

ورويَ ذٰلكَ : عن عثمانَ ، وابنِ عُمرَ ، وابنِ عبَّاسٍ[٢] ، وعائشةَ[٣] ، ومعاذٍ ، وأَنسٍ ، ولا مخالفَ لهُم ، فدلَّ علىٰ أَنَّهُ إجماعٌ ، ولأنَّها هبةٌ لَمْ تُقبَضْ ، فكانتْ غيرَ لازمةٍ ، كما لو ماتَ الواهِبُ قَبْلَ أَنْ يُقْبِضَ الموهوبَ ، فإنَّ وارثَ الواهبِ لا يجبرُ علىٰ الإقباضِ . وقد وافقَنا مالكٌ علىٰ ذٰلكَ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإن الموهوبَ لَهُ ليسَ لَهُ أَنْ يَقبِضَ إلاَّ بإِذنِ الواهبِ ، فإنْ قبضَ بغيرِ إذنِهِ . . لَمْ يصحَّ القبضُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إذا قَبَضَهُ الموهوبُ لَه في مجلسِ الهبةِ بغيرِ إِذنِ الواهبِ . . صحَّ القبضُ ، وإنْ قاما مِنَ المجلسِ . . لَم يكنْ لَه أَنْ يَقبْضَ بغيرِ إذنهِ) .

دليلُنا : أنَّه لَم يأذنْ لَه في القبضِ ، فلَمْ يصحَّ له قبضُهُ ، كما لَو قاما مِنَ المجلسِ قَبْلَ أَنْ يأذنَ له .

فرعٌ : [القبض قبل الإيجاب والقبول] :

إذا أَذِنَ لَه بقبضِ العينِ الموهوبةِ قبلَ الإيجابِ والقبولِ . . لَم يَصحَّ الإِذنُ ، كما لو شَرطَ المتبايعانِ الخيارَ قبلَ العقدِ .

وإنْ قالَ : وهبتُكَ هٰذهِ الدارَ ، وأَذِنتُ لكَ في قبضِها ، فقالَ الموهوبُ لَه : قبلتُ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ شيخنا الإمامِ زيدِ بنِ عبدِ اللهِ اليفاعيِّ رحمهُ اللهُ ـ : أَنَّه

---

(١) رویٰ خبر عمر الفاروق عن أبي موسیٰ الأشعري ابن حزم في « المحلیٰ » (٩/ ١٢٥) ، والبيهقي في « السنن الكبریٰ » (٦/ ١٧٠) في الهبات . وفي (م) : (يقبضها) بدل (يحوزها) .

(٢) رواه عن ثلاثتهم ومعاذ وشريح رضي الله عنهم البيهقي في « السنن الكبریٰ » (٦/ ١٧٠) في الهبات .

(٣) ويدل علیٰ رأي عائشة الصديقة ما رواه عنها أحمد في « المسند » (٦/ ٧٧) بلفظ : « يا عائشة من أعطاك بغير مسألة فاقبليه ، فإنما هو رزق عرضه الله لك » .

لا يَصحُّ[(١)] ؛ لأنَّه أذنَ في القبضِ قَبلَ تمامِ العقدِ . . فلَم يصحَّ ، كما لَو أَذِنَ لَه في القبضِ قبلَ العقدِ .

ولأنَّه فصلَ بينَ الإيجابِ والقبولِ بالإذنِ ، فلمْ يصحَّ ، كما لَو فصلَ بينهُما بكلامٍ .

و[**الثاني**] : قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المنهاجِ » ، والشيخُ أَبو إِسحاقَ في « التعليقةِ » : بالخلافِ ـ أي ـ يصحُّ .

ووَجهُ ذٰلكَ عندي : أَنَّ الإذنَ شرطٌ في الهبةِ ، فلَم يفصلْ بينَ الإيجابِ والقبولِ ، كذِكرِ الثمنِ في البيعِ[(٢)] .

فرعٌ : [رجوع الواهب قبل الإقباض] :

إِذا وَهبَ لَه عيناً ، وأَذِنَ لَه في قَبضِها ، ثمَّ رَجعَ الواهبُ عَنِ الإذنِ قبلَ القبضِ . . بطلَ الإذنُ ؛ لأنَّ الإذنَ يَبطلُ بالرجوعِ .

وإِنْ وَهبَهُ عيناً ، ثمَّ باعَها الواهبُ قِبلَ القبضِ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فإنِ ٱعتقدَ أَنَّ الهبةَ ما تمَّتْ . . صحَّ بيعُهُ ، وبَطلتِ الهبةُ . وإِنْ كانَ يَعتقدُ أَنَّ الهبةَ قدْ تمَّتْ قَبلَ القبضِ . . فهلْ يصحُّ بيعُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ بيعُهُ ؛ لأَنَّه عَقدَ وهوَ متلاعِبٌ ، وأَنَّه ليسَ ببيعٍ .

والثاني : يصحُّ ؛ لأنَّه بيعٌ صادفَ مِلكَهُ .

وإِذا قبضَ الموهوبُ لَه العينَ الموهوبةَ بإِذنِ الواهبِ . . فقدْ ملَكَها ، ومتىٰ يَملكُها ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) في هامش نسخة : (يريد أنه لا يصح الإذن قبل وقته ، فأشبه الإذن قبل الإيجاب ، ولأنه فصل بين الإيجاب والقبول فلم يصحَّ) .

(٢) في هامش نسخة : (لأن ذٰلك وقت يسير فلم يفصل ، بدليل أن الشافعي نصَّ : أن المرأة لو استدعت الطلاق بعوض ثم ارتدت لم يكن فاصلاً ، وأما كون الإذن لا يصح قبل القبول فلا يبعد أن يصير كما قالوا في عقد الرهن مع عقد البيع بحيث لا يكون أحد شقي الرهن قبل لفظ البيع من الجانبين . إسماعيل الحضرمي) .

[أحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : تبيَّنَ المِلْكُ أَنَّه مُلِكَ بالعقدِ ، فإِنْ حَدثَ في العينِ الموهوبةِ نَماءٌ بعدَ العقدِ وقبلَ القبضِ . . كانَ مِلكاً للموهوبِ لَه ؛ لأَنَّ الشافعيَّ قالَ : (لَو وَهبَ لَه عبداً قَبْلَ أَنْ يُهِلَّ هِلالُ شوَّالٍ ، وقبضَهُ بعدَ ما أَهلَّ . . فإِنَّ زكاةَ الفطرِ علىٰ الموهوبِ لَه) .

والثاني ـ وهوَ المنصوص ـ : (أَنَّه مَلكَهُ مِنْ حينِ القبضِ) .

فعلىٰ هٰذا : يكونُ النَّماءُ الحادثُ بعدَ العقدِ وقَبلَ القبضِ للواهبِ ؛ لأَنَّ الهبةَ لا تتمُّ إلاَّ بالقبضِ ، فلا يقعُ المِلكُ للموهوبِ قَبْلَه ، كما لا يملكُ قَبْلَ تمامِ العقدِ .

وما حُكيَ عَنِ الشافعيِّ : فإِنَّما فرَّعَهُ علىٰ مذهبِ مالكٍ . هٰذا نقلُ أَصحابنا البغداديّينَ . وحكىٰ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٤] هٰذين الوجهينِ قولينِ .

فرعٌ : [موت الواهب قبل الإقباض] :

إذا ماتَ الواهبُ بعدَ العقدِ وقبلَ القبضِ . . فهلْ تَبطلُ الهبةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تَبطلُ الهبةُ ؛ لأَنَّها عقدٌ غيرُ لازمٍ ، فبطلتْ بالموتِ ، كالوَكالةِ .

والثاني ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أَنَّها لا تبطلُ) ؛ لأَنَّها عقدٌ يؤُولُ إلىٰ اللُّزومِ ، فلَمْ تبطلْ بالموتِ ، كالبيعِ بشرطِ الخيارِ . هٰذا نقلُ البغداديِّينَ مِنْ أَصحابِنا .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٣] : إذا ماتَ أَحدُهما بعدَ العقدِ وقبلَ القبضِ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّها تملكُ بالقبضِ . . بطلَ العقدُ . وإِنْ قُلنا : تَبيَّنَ بالقبضِ أَنَّه مَلكَ بالعقدِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَبطلُ العقدُ ؛ لأَنَّ القبضَ ركنٌ في الهبةِ ، كما أَنَّ القَبولَ ركنٌ في البيعِ ، ومعلومٌ أَنَّ البيعَ يَبطلُ بموتِ أَحدِهما بعدَ الإيجابِ وقَبْلَ القبولِ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُه .

والثاني : لا يَبطلُ . **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ العقدَ قدْ تَمَّ إلاَّ أَنَّ إِمضاءَهُ موقوفٌ علىٰ القبضِ ، فصارَ كالبيعِ بشرطِ الخيارِ .

فرعٌ : [أذن بالقبض ثم مات] :

إذا أَذِنَ لَه في القبضِ ، ثمَّ ماتَ الواهبُ أَوِ الموهوبُ لَه قَبْلَ القبضِ ، وقُلنا : لا تبطلُ الهبةُ . . بَطلَ الإِذنُ ؛ لأَنَّه جائزٌ ، فبطلَ بالموتِ .

قالَ أَبو العبَّاسِ : إذا بعثَ رجلٌ معَ رجلٍ هديَّةً إِلىٰ رجلٍ ، فماتَ المُهدي قبلَ أَنْ يقبضَ المُهدىٰ إليه الهديَّةَ . . كانَ ذٰلكَ لوَرثةِ المُهدي .

وكذٰلكَ إذا ٱشترىٰ الحاجُّ هدايا لأَهلِ بيتِهِ وأَصدقائهِ ، فماتَ قبلَ أَن يصلَ . . كانَ ذٰلكَ لورثتهِ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ لَم يَزُلْ عَنْ ذٰلكَ كلِّهِ .

فرعٌ : [وهبه وأَقبضه ثم نكل] :

إذا قالَ : وَهبتُ داريَ هٰذهِ مِنْ فلانٍ ، وأَقبضتُهُ إِيَّاها ، فصدَّقَهُ المقرُّ لَه . . قُبِلَ إِقرارُهُ ، وحُكمَ للموهوبِ لَه بمِلكِ الدارِ .

فإِنْ قالَ الواهبُ : لَم أَكنْ أَقبضتُهُ ، فحلِّفوهُ أَنِّي أَقبضتُهُ :

قالَ الشافعيُّ : (أُحلِفَ المقرُّ لَه ؛ لجوازِ أَنَّهُ لَم يكنْ أَقبضَهُ) .

وإِنْ قالَ : وَهبتُ لَه هٰذهِ الدارَ ، وخرجتُ إِليهِ منها . . قالَ الشافعيُّ : (لَم يكنْ ذٰلكَ إِقراراً منهُ بالقبضِ ؛ لأَنَّ قولَه : خرجتُ إِليهِ منها يحتملُ أَنَّهُ أَرادَ بالهبة) .

وإِنْ قالَ : وَهبتُ لَه هٰذهِ الدارَ ومِلكَها . . لَم يكنْ إِقراراً منهُ بالقبضِ ؛ لجوازِ أَنْ يَعتقدَ أَنَّ القبضَ ليسَ بركنٍ في الهبةِ ، وأَنَّه لا يُفتَقرُ إِليهِ في لزومِ الهبةِ علىٰ مذهبِ مالكٍ .

فرعٌ : [كساه ولم يرد الهبة] :

قالَ الطبريُّ : إذا قالَ رجلٌ لآخَرَ : كسوتُكَ هٰذا الثوبَ ، ثمَّ قالَ : لَم أُرِدِ الهبةَ . . قُبِلَ قولُه . وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يُقبَلُ) .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا اللَّفظَ يصلحُ للإِعارةِ والهبةِ ، فهوَ كما لَو قالَ : حملتُكَ علىٰ دابَّتي ، أَو أَخدمتُكَ جاريتي .

وإنْ قالَ : أَطعمتُكَ هٰذا الطعامَ ، فٱقْبِضْهُ ، ثمَّ قالَ : ما أَردتُ بهِ الهبةَ . . فهلْ يُقبلُ قولُه ؟ فيهِ قولانِ[1] :

أَحدُهما : لا يُقبلُ . وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ ؛ لأَنَّه لا يَطعَمُ إِلاَّ ما ملَّكَهُ .

والثاني : يُقبلُ ؛ لأَنَّ اللَّفظَ يصلُحُ للإِباحةِ دونَ التمليكِ ، فهوَ كما لَو قالَ : أَطعمتُكَ أَرضي .

وإِنْ قالَ لرجلٍ : لكَ هٰذهِ الأَرضُ ، فٱقبضْهَا . . لَم يكنْ صريحاً في الهبةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يكونُ صريحاً فيها) .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا اللَّفظَ يصحُّ مِنْ غيرِ مالكٍ علىٰ وَجهِ الخبرِ ، فهوَ كما لَو قالَ : هٰذهِ الدارُ لكَ ، ولَم يُقبِضْها .

وإِنْ قالَ : منحتُكَ هٰذهِ الدارَ ، أَو هٰذا الثوبَ ، وقالَ : قَبلتُ ، وأَقبَضَهُ . . كانَ ذٰلكَ هبةً .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يكونُ هبةً إِلاَّ أَنْ يُريدَها ، وتكونُ عاريَّةً) .

دليلُنا : أَنَّه لَفظٌ يصلحُ للتمليكِ ، فكانَ صريحاً في التمليكِ ، كلفظِ الهبةِ .

مسأَلةٌ : [ما صحَّ هبةُ كُلِّهِ صحَّ هبةُ بعضه] :

كلُّ عينٍ صحَّتْ هبتُها . . صحَّ هبةُ جُزءٍ منها مُشاعٍ . وبهِ قالَ مالكٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ كانتْ مِمَّا لا ينقسمُ كالعبدِ والدابَّةِ والثوبِ وما أَشبهها . . صحَّتْ هبةُ جزءٍ منها مشاعٍ . وإِنْ كانتْ مِمَّا ينقسمُ كالدارِ والأَرضِ والطعامِ . . لَم يصحَّ هبةُ جُزءٍ منها مُشاعٍ مِنَ الشريكِ ولا مِنْ غيرِهِ) .

قالَ : (وإِنْ كانَ بينَ رجلينِ دارٌ فوهباها لرجلٍ بينهُما . . صحَّتِ الهبةُ . وإِنْ وَهبَ الرجلُ دارَهُ لرجلينِ . . لَم يصحَّ) .

---

(١) في (م) : (وجهان) .

وقالَ أَبو يوسفَ ومحمَّدٌ : يصحُّ هاهُنا ، وإجارةُ المُشاعِ عندَ أَبي حنيفةَ لا تصحُّ مِنَ الشريكِ ولا مِنْ غيرِهِ ، ورَهنُ المشاعِ عندَهُ لا يصحُّ بحالٍ .

دليلُنا : ما روىٰ أَبو قتادةَ قالَ : خرَجنا معَ رسولِ اللهِ ﷺ حتَّىٰ أَتينا الرَّوحاءَ ، فوَجدنا حمارَ وَحشٍ معقوراً ، فأَردنا أَخذَهُ ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « دَعُوهُ ، فإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهُ » فجاءَ رجلٌ مِنْ فِهرٍ ـ وَكانَ هوَ الذي عَقرَهُ ـ فقالَ : هوَ لكمْ يا رسولَ اللهِ ، فقالَ النبيُّ ﷺ لأَبي بكرٍ : « اقْسِمْهُ بَيْنَ ٱلنَّاسِ »[1] . فوَجهُ الدليلِ مِنَ الخبرِ : أَنَّ الرجلَ وَهبَ النبيَّ ﷺ وأَصحابَهُ الحمارَ مُشاعاً ، فدلَّ علىٰ جوازِ هبةِ المُشاعِ ، ولأَنَّه مُشاعٌ يصحُّ بيعُهُ . . فصحَّت هبتُهُ ، كالَّذي لا يَنقسِمُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ كانَ الموهوبُ مِمَّا لا يُنقلُ ولا يُحوَّلُ ، كالأَرضِ والدُّورِ :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنَّ القبضَ فيهِ أَنْ يخلِّيَ بينَهُ وبينَهُ[2] فيُحضرَهُ إِيّاهُ ، ويقولُ : خلَّيتُ بينكَ وبينَهُ فتسلَّمْهُ .

وإِنْ كانَ ممَّا يُنقلُ ويُحوَّلُ . . فإِنَّ القبضَ لا يحصلُ فيهِ إِلاَّ بالنقلِ ، فإِنْ رضيَ الشريكُ الذي لَم يَهبْ أَنْ يكونَ ذٰلكَ الشيءُ في يدِ الموهوبِ لَه . . جازَ ، فيكونُ نِصفُهُ لَه ونصفُهُ وَديعةً . وإِنْ لَم يرضَ الشريكُ الذي لَم يَهبْ بذٰلكَ ، فإِنْ وَكَّلَ الموهوبُ له الشريكَ ليقبضَ لَه . . صحَّ . وإِنْ لَم يرضَ وَاحدٌ منهما . . نصَّبَ الحاكمُ أَميناً ليقبضَ ذٰلكَ الشيءَ ، وينقلَهُ ، ويكونُ في يدِهِ أَمانةً للموهوبِ والشريكِ .

فرعٌ : [الهبة لرجلين] :

وإِنْ وَهبَ رجلٌ لرجلينِ شيئاً ، فقبلَ أَحدُهما دونَ الآخرِ . . صحَّتِ الهبةُ في نِصفِهِ للذي قَبِلَ ؛ لأَنَّ عقدَ الواحدِ معَ الاثنينِ بمنزلةِ العقدَينِ .

---

(١) سلف عن أبي قتادة ، وذكره الحافظ ابن حجر في « تلخيص الحبير » (٢/٢٩٧) بما لا مزيد عليه .

(٢) أي بين الموهوب له والموهوب .

فرعٌ : [ما لا يصح بيعه لا تصح هبته] :

وما لا يصحُّ بيعُهُ مِنَ المجهول ، وما لا يُقدَرُ علىٰ تسليمِهِ ، وما لَم يتمَّ مِلكُهُ عليهِ . . لا تصحُّ هبتُهُ ؛ لأنّه عقدُ تمليكٍ في حالِ الحياةِ ، فلَم يصحَّ فيما ذكرناهُ ، كالبيعِ .

فإنْ وَهبَهُ عيناً مجهولةً . . لَم تصحَّ الهبةُ .

وقالَ مالكٌ : (تصحُّ الهبةُ) .

دليلُنا : أنّهُ تمليكٌ لا يتعلَّقُ بَخَطَرٍ ، فلَم يصحَّ في المجهولِ ، كالبيعِ . وقوله : (بَخَطَرٍ) احترازٌ مِنَ الوصيَّةِ .

وإنْ وَهبَ المغصوبُ منهُ العينَ المغصوبةَ منهُ للغاصبِ . . صحَّتِ الهبةُ . وهلْ تَفتقرُ إلىٰ الإذنِ بالقبضِ ؟ علىٰ وَجهينِ[1] . مضىٰ ذكرهُما في الرهنِ .

وإنْ وَهبَها لغيرِ الغاصبِ ممَّنْ يَقدِرُ علىٰ انتزاعِها مِنَ الغاصبِ . . صحَّتِ الهبةُ ، فإذا أَذِنَ لَه في القبضِ ، فقبَضَهُ . . لزمتِ الهبةُ . وإنْ وَكَّلَ الغاصبَ في القبضِ لَه ، فمضىٰ زمانٌ يمكنُ فيهِ القبضُ . . صارتْ مقبوضةً للموهوبِ لَهُ ، وزالَ الضمانُ عَنِ الغاصبِ ؛ لأنَّ المِلكَ الَّذي صارَ مضموناً زالَ ، وصارَ مقبوضاً لِمالكٍ آخَرَ بإذنهِ ، بخلافِ ما إذا وَهبهُ الغاصبُ ، وأَذنَ لَه في قبضهِ . . فإنَّ الضمانَ لا يزولُ عنهُ ؛ لأنَّ المِلكَ باقٍ لَم يزُلْ .

وإنْ وَهبَ المعيرُ العينَ المستعارةَ منهُ للمستعيرِ . . صحَّتِ الهبةُ . فإنْ أَذِنَ لَه في القبضِ ، ومضىٰ زمانُ الإمكانِ . . صارَ مقبوضاً عَنِ الهبةِ .

وإنْ وَهبَها لغيرِ المستعيرِ . . صحَّتِ الهبةُ ، فإنْ وَكَّلَهُ في القبضِ ، ومضىٰ زمانُ الإمكانِ . . صارتْ مقبوضةً للموهوبِ لَه ، وبطلتِ العاريَّةُ ؛ لزوالِ مِلكِ المعيرِ .

فرعٌ : [هبة العين المؤجَّرة] :

وإنْ وَهبَ المؤاجِرُ العينَ المستأجَرَةَ لغيرِ المستأجِرِ . . ففيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في جوازِ بيعِها :

---

(١) في (م) : (طريقين) .

فإنْ قُلنا : تصحُ هبتُها . . فهلْ تصحُ هبةُ العينِ المرهونةِ بغيرِ إذنِ المرتَهِنِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٣] :

أَحدُهما : يصحُّ ، كما تصحُّ هبةُ المستأجَرِ ، ولا يبطلُ الرهنُ ، بلْ إذا ٱنفكَّ الرهنُ . . سُلِّمَ في الهبةِ ، كما تُسلَّمُ العينُ المستأجرَةُ بعدَ ٱنقضاءِ الإجارةِ .

والثاني : لا تصحُّ الهبةُ ؛ لأَنَّ الهبةَ تَصرُّفٌ بإزالةِ المِلكِ ، والراهنُ ممنوعٌ مِنَ التصرُّفِ بما يزيلُ المِلكَ ، كما لا يجوزُ لَه بيعُ الرهنِ .

وهل تصحُّ هبةُ الأَرضِ المزروعةِ دونَ زرعِها ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » .

فرعٌ : [تعليق الهبة علىٰ شرط مستقبل] :

ولا يجوزُ تعليقُ الهبةِ علىٰ شرطٍ مستقبَلٍ ، كما قُلنا في البيعِ .

وهلْ تبطلُ الهبةُ بالشروطِ الفاسدةِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » :

أَحدُهما : تَبطلُ ـ **وهوَ المشهورُ** ـ كما قُلنا في البيعِ .

والثاني : تصحُّ الهبةُ ويَبطلُ الشرطُ ، كما قُلنا في العُمْرَىٰ والرُّقْبَىٰ . **فإذا قُلنا بهٰذا** : فوَهبَهُ جاريةً حاملاً ، وٱستثنىٰ الواهبُ حَمْلَها . . بقيَ الحملُ للواهبِ .

مسأَلةٌ : [يقبل الهبة للصبي وليّه] :

قالَ الشافعيُّ : (ويَقبضُ للطفلِ أَبوهُ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّه إذا وَهبَ غيرُ وليِّ الطفلِ للطفلِ هبةً : فإنْ كانَ لَه أَبٌ أَو جدٌّ ، وكانَ عدلاً . . قَبِلَ لَه الهبةَ ، وقَبضَ لَه ؛ لأَنَّه هوَ المتصرِّفُ عنهُ . وإنْ كانَ فاسقاً . . لَم يصحَّ قَبولُهُ ولا قبضُهُ ؛ لأَنَّه لا وِلايةَ لَه عليهِ مَعَ الفِسقِ .

وإنْ لَم يكنْ لَه أَبٌ ولا جدٌّ ، وكانَ الناظرُ في مالِهِ الوصيَّ مِنْ قِبَلِهما ، أَو الأَمينَ مِنْ قِبَلِ الحاكمِ . . قَبِلَ لَه الهبةَ ، وقَبضَ لَه ؛ لأَنَّه المتصرِّفُ عنهُ .

وإنْ كانَ الواهبُ للطفلِ هوَ وَليُّهُ : فإنْ كانَ الوليُّ عليهِ الوصيَّ ، أَو الحاكمَ ، أَو

أَمينَهُ.. لَم يصحَّ قَبولُهُ لهُ مِنْ نَفْسِهِ ولا قبضُهُ ، بلْ يُنصِّبُ لَه الحاكمُ أَميناً ليَقبَلَ لَه الهبةَ ، ويَقبضَ لَه ؛ لأنَّه لا يصحُّ أَنْ يبيعَ مالَهُ بمالِهِ ، فلَمْ يصحَّ قَبولُهُ لَه .

وإِنْ كانَ وَليُّهُ أَباهُ أَو جدَّهُ.. صحَّ أَنْ يَقبلَ لَهُ الهبةَ مِنْ نَفْسِهِ ؛ لأَنَّه يجوزُ لَه أَن يَبتاعَ مالَهُ بمالِهِ .

قالَ المسعوديُّ [في «الإبانة» ق/٣٥٢] : وهل يَفتقرُ إِلىٰ أَنْ يَتلفَّظَ بالإِيجابِ والقبولِ ، أَو يكفيهِ أَحدُهما ؟ فيهِ وجهانِ ، **والمشهورُ** : أَنَّه لا بدَّ أَنْ يتلفظَ بهما .

وأَمَّا القبضُ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّه إِذا وَهبَ لغيرِهِ وَديعةً في يدِهِ لا تحتاجُ إِلىٰ القبضِ.. صارَ ذٰلكَ مقبوضاً لَه . وإِنْ قُلنا : لا بدَّ مِنَ القبضِ في هبةِ الوَديعةِ.. فلا بدَّ أَنْ يقولَ هاهُنا : وَقبضتُ لَه مِنْ نَفْسي .

وإِنْ وَهبَ الرجلُ لابنهِ البالغِ.. لَم يصحَّ حتَّىٰ يَقبلَ الابنُ الهبةَ ، أَو وَكيلُهُ . فإِنْ قَبِلَ لهُ الأَبُ الهبةَ.. لَم يصحَّ .

وقالَ ابنُ أَبي ليلىٰ : يصحُّ إِذا كانَ يَعولُهُ[1] .

دليلُنا : أَنَّه لا وِلايةَ لَه عليهِ بعدَ البلوغِ ، فلَم يصحَّ قَبولُهُ لَه ، كما لَو كانَ لا يَعولُهُ .

فرعٌ : [الهبة للغائب لا يقبضها الوكيل] :

قالَ أَبو العبَّاسِ : فإِنْ وَهبَ رجلٌ لرجلٍ غائبٍ هبةً ، فوكَّلَ الواهبُ رجلاً ليقبلَ الهبةَ للغائبِ منهُ ، ويَقبضَها منهُ.. لَم يصحَّ ؛ لأَنَّ الواهبَ لا وِلايةَ لَه علىٰ الغائبِ[2] ، فلَم يصحَّ توكيلُهُ عنهُ .

---

(١) وجاء عند عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٥٤٦) كان ابن أبي ليلىٰ يقول : يرجع فيها دون القاضي .

(٢) روىٰ عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٥٥٣) عن سفيان قال : لا يرجع الواهب في هبته إذا كان الموهوب له غائباً .

مسأَلَةٌ : [رجوع الأصل في هبتِهِ لفرعه] :

وإذا وَهبَ أَحدُ الأَبوينِ لوَلَدِهِ شيئاً . . جازَ لَه الرجوعُ فيهِ ، سواءٌ أَقبضَهُ إِيَّاهُ ، أَو لَم يقبضْهُ .

وكذٰلكَ إِذا وَهبَ أَحدُ الأَجدادِ ، أَو الجدّاتِ مِنْ قِبَلِ الأَبِ ، أَوِ الأُمِّ وإِنْ عَلا شيئاً لوَلدِ الوَلدِ وإِنْ سَفَلَ ، وأَقبضَهُ . . فلَهُ أَنْ يَرجعَ عليهِ . هٰذا نقلُ البغداديِّينَ مِنْ أَصحابِنا ، وبهِ قالَ الأَوزاعيُّ ، وأَحمدُ ، وإِسحاقُ .

وحكىٰ الخُراسانيُّونَ : أَنَّ الجدَّاتِ مِنْ قِبَلِ الأَبِ والأُمِّ ، والأَجدادَ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ ، هلْ يصحُّ لَهُمُ الرجوعُ فيما وَهبوهُ لولدِ الوَلدِ ؟ فيهِ قولانِ ؛ لأَنَّهم لا يملِكونَ التصرُّفَ في مالِ الولدِ بأَنفُسِهِم ، فليسَ[1] لَهُم الرجوعُ في الهبةِ .

وقالَ أَبو العبَّاسِ ابنُ سريجٍ : إِنَّما يَرجعُ الأَبُ في هبتهِ لوَلدِهِ إِذا قالَ : إِنَّما قَصدتُ بالهبةِ ليزيدَ في بِرِّي ، أَو يتركَ عُقوقي ، ولَم يفعلْ . فأَمَّا إِذا أَطلَقَ الهبةَ . . فإِنَّه لا يرجعُ فيها .

والمشهورُ مِنَ المذهبِ : هوَ الأَوَّلُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ والثوريُّ : (إِذا وَهبَ الوالدُ لوَلدِهِ ، وأَقبضَهُ . . لَم يكنْ لَه أَنْ يرجعَ عليهِ) .

وقالَ مالكٌ : (إِذا وَهبَ الوالدُ لوَلدِهِ هبةً ، فإِنْ ظهرَ نَفعُها للولدِ ، بأَنْ أَمَّنَهُ الناسُ فبايعوهُ أَو زوَّجوهُ . . لَم يكنْ لَه أَنْ يَرجعَ عليهِ ، وإِنْ لَم يظهرَ نفعُها لَه . . جازَ لَه الرجوعُ عليهِ) .

دليلُنا : حديثُ النعمانِ بنِ بشرٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ لَه : « فَأَرْجِعْهُ » .

وروىٰ ٱبنُ عبّاسٍ وٱبنُ عمرَ : أَن النبيَّ ﷺ قالَ : « لا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً ،

---

(١) في (م) : (فلم يكن) .

أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيْهَا ، إِلاَّ ٱلْوَالِدَ فِيْمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ »[١] .

فأَمَّا إِذا وَهبَ لغيرِ وَلدِهِ ، أَو ولدِ وَلدِهِ ، وإِنْ سَفَلَ . . فليسَ لَه أَنْ يَرجعَ في هبتهِ لَه بعدَ إِقباضهِ لَه ، سواءٌ كانَ ذا رَحمٍ مَحْرَمٍ ، أَو أَجنبيّاً .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِذا وَهبَ لذي رحمٍ مَحْرَمٍ ، بحيثُ لَو كانَ أَحدُهما أُنثىٰ والآخَرُ ذَكراً . . لَم يَحلَّ لَهُ نكاحُها ، مثلُ : أَنْ يهبَ لأَبيهِ ، أَو لجدِّهِ ، أَو لعمِّهِ ، أَو لخالِهِ . . لَم يَجُزْ لَهُ أَنْ يَرجعَ عليهِ بعدَ الإِقباضِ ، وهٰكذا إِذا وَهبَ أَحدُ الزوجينِ للآخَرِ . وإِنْ وَهبَ لغيرِ ذي رحمٍ مَحْرَمٍ ، مثلِ : أَنْ يهَبَ لابنِ عمِّهِ ، أَو لابنِ خالِهِ ، أَو لابنةِ عمِّهِ ، أَو كانَ أَجنبيّاً منهُ . . فيجوزُ لَه أَنْ يرجعَ عليهِ في هِبتِهِ لَه بعدَ الإِقباضِ) ؛ لمَا رويَ عَنْ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّهُ قالَ : (مَنْ وَهبَ لذي رحمٍ مَحْرَمٍ هِبةً . . فليسَ لَه أَنْ يرجعَ فيها ، وَمَنْ وَهَبَ لغيرِ ذي رَحمٍ مَحْرَمٍ . فلَه أَنْ يرجعَ عليهِ إِلاَّ أَنْ يُثيبَهُ عليهِ)[٢] .

دليلُنا : ما روىٰ ٱبنُ عبّاسٍ ، وٱبنُ عمرَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً ، أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيْهَا ، إِلاَّ ٱلْوَالِدَ فيما أَعْطَىٰ وَلَدَهُ . وَمَثَلُ ٱلرَّاجِعِ فِيْ هِبَتِهِ كَمِثْلِ ٱلْكَلْبِ قَاءَ بَعْدَ مَا شَبِعَ ، ثُمَّ رَجَعَ في قَيْئِهِ » وهٰذا أَولىٰ مِنْ حديثِ عمرَ .

وقدْ رويَ عَنِ ٱبنِ عمرٍ ، وابنِ عبَّاسٍ ما يخالفُ قولَ عمرَ أَيضاً .

---

(١) أخرجه عن ابن عمر وابن عباس أبو داود (٣٥٣٩) في البيوع ، والترمذي (٢١٣٣) في الولاء ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٦٩٠) و(٣٦٩١) في الهبة ، وابن ماجه (٢٣٧٧) ، وابن حبان في « الإحسان » (٥١٢٣) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٤٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٧٩) في الهبات وإسناده صحيح .
قال الترمذي : هٰذا حديث حسن صحيح .
قال الشافعي : لا يحل لمن وهب هبة أن يرجع فيها إلا الوالد فله أن يرجع فيما أعطىٰ ولده واحتج بهٰذا الحديث ، وفي الباب :
أخرجه عن طاووس مرسلاً الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٨٤) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٥٤٢) .

(٢) أخرج خبر عمر من طرق مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٥٤) ، ومن طريق ابن وهب عبد الرزاق مطولاً في « المصنف » (١٢٦٧١) في باب نكاح نساء أهل الكتاب و(١٦٥٢٤) في المواهب، باب: الهبات ، وعن ابن المسيب عنه (١٦٥١٩) ، وعن ابن عمر عنه (١٦٥٢٧)، وعن إبراهيم عنه (١٦٥٢٠) و(١٦٥٢٨) ، وابن حزم في « المحلىٰ » (٩/ ١١٩ و١٢٨) .

فرعٌ : [الصدقة علىٰ الولد] :

وإنْ تَصدَّقَ علىٰ ٱبنهِ وأَقبضَهُ . . فهلْ يثبتُ لَه الرجوعُ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يصحُّ رُجوعهُ عليهِ ؛ لأَنَّ المقصودَ بالصدقةِ القربةُ إِلىٰ اللهِ تعالىٰ ، فلَم يصحَّ لَه الرجوعُ فيها بعدَ لُزومِها ، كالعتقِ ، والقصدَ بالهبةِ صلةُ الرحمِ ، وإِصلاحُ حالِ الولدِ .

والثاني ـ وهوَ المنصوصُ في « حرملة » ـ : (أَنَّ لَه أَنْ يرجعَ ؛ لأَنَّ الصدقةَ تَفتقِرُ إِلىٰ ما تَفتقِرُ إِليهِ الهبةُ ، مِنَ الإِيجابِ والقَبولِ والإِذنِ بالقبضِ ، والقبضِ) فكانَ حكمُها حكمَ الهبةِ في الرجوعِ ، بخلافِ العتقِ .

وإِنْ تداعىٰ رجلانِ نسبَ مولودٍ ، ووَهبا لَه قبلَ أَنْ يُلحقَ بأَحدِهما . . لَم يَجُزْ لأَحدِهما أَنْ يرجعَ عليهِ ؛ لأَنَّ بُنُوَّتَهُ لَم تثبتْ مِنْ أَحدِهما . فإِنْ لَحِقَ بأَحدِهما . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ لَه الرجوعُ عليهِ ؛ لأَنَّ بَنُوَّتَهُ ثبتتْ منهُ .

والثاني : لا يجوزُ لَه الرجوعُ عليهِ ؛ لأَنّه كانَ لا يجوزُ لَه الرجوعُ عليهِ في حالِ العقدِ .

فرعٌ : [وهب الولدَ فمات فورثه ابنه] :

وإِنْ وَهبَ الرجلُ لولدِهِ هبةً ، وأَقبضَهُ إِيَّاها ، ثمَّ وَهبَها الولدُ لولدِهِ ، أَو ماتَ الولدُ وورِثَهُ وَلدُهُ . . فهلْ يجوزُ للجدِّ أَنْ يرجعَ فيها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ لَه الرجوعُ فيها ؛ لأَنَّ للجدِّ أَنْ يرجعَ علىٰ وَلدِ الولدِ فيما وهبَ له وهيَ في مِلكِهِ .

والثاني : لا يرجعُ فيها ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ المِلكَ لَم ينتقلْ منهُ إِليهِ ، فهوَ كما لَو وَهبَ لأَجنبيٍّ ، ثمَّ وَهبَها الأَجنبيُّ لابنِ الواهبِ .

وإنِ ٱبتاعَها الولدُ مِنْ وَالدِهِ . . لَمْ يرجعِ الجدُّ فيها وَجهاً وَاحداً ؛ لأنَّه إذا لَم يثبتِ الرجوعُ فيها لمَنِ ٱنتقلَ منهُ المِلكُ بها ، فلأنْ لا يثبتَ لمَنِ ٱنتقلَ منهُ بِها المِلكُ إلىٰ الواهبِ أولىٰ .

وإنْ وَهبَ الرجلُ لولدِهِ شيئاً ، وأقبضَهُ إيَّاهُ فوَهبَها هٰذا الولدُ لأخيهِ مِنْ أبيهِ . . فينبغي أنْ لا يثبتَ للأبِ فيها الرجوعُ وَجهاً واحداً[١] ؛ لأنَّه إذا لَم يثبتِ الرجوعُ لمَنِ ٱنتقلَ منهُ المِلكُ ، فلأنْ لا يثبتَ لمَنِ ٱنتقلَ منهُ إلىٰ الواهبِ أولىٰ .

فرعٌ : [وهب لولده فأفلس وحجر عليه] :

وإنْ وَهبَ لولدِهِ شيئاً ، وأقبضَهُ إيَّاهُ ، فأفلسَ الولدُ وحُجِرَ عليهِ . . فهلْ للوالدِ أنْ يرجعَ فيما وَهبهُ لولدِهِ قبلَ أنْ يُقسَمَ علىٰ الغرماءِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لَه أنْ يرجعَ فيهِ ؛ لأنَّ حقَّهُ أسبقُ .

والثاني : لا يجوزُ لَه الرجوعُ فيهِ ، **وهوَ الأصحُّ** ؛ لأنَّ بالحَجْرِ تعلَّقتْ بهِ حقوقُ الغرماءِ ، فهوَ كما لَو رَهنها[٢] الولدُ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٤] : فإنِ ٱرتدَّ الابنُ الموهوبُ لَه :

فإنْ قُلنا : إنَّ مِلكَهُ باقٍ . . فللأبِ أنْ يرجعَ عليهِ .

وإنْ قُلنا : إنَّ مِلكَهُ قدْ زالَ بالرِّدَّةِ . . فليسَ للأبِ الرجوعُ عليهِ في حالِ ردَّتهِ .

فإنْ عادَ للإسلامِ . . فهلْ لَه الرجوعُ عليهِ ؟ علىٰ الوجهينِ في الولدِ إذا أفلسَ .

وإنْ قُلنا : إنَّ ملكَهُ موقوفٌ ، فإنْ عادَ إلىٰ الإسلامِ . . فللأبِ الرجوعُ ؛ لأنَّا تبيَّنَّا أنَّ مِلكَهُ لَم يَزُلْ .

---

(١) في حاشية نسخة : (القياس في هٰذه المسألة : أنه يجوز للإنسان أن يرجع في هبة ولده لأخيه من أبيه . والله أعلم) .

(٢) في (م) : (وهبها) .

فرعٌ : [زيادة الهبة في يد الولد] :

وإذا وَهبَ لولدهِ عيناً وأَقبضَهُ إِيَّاها ، فزادتْ في يدِ الولدِ . . نظرتَ :

فإنْ كانتْ زيادةً غيرَ منفصلةٍ عنها ، بأَنْ كانَ عبداً فَسَمِنَ ، أَو تعلَّمَ القرآنَ ، أَو كانتْ جاريةً فسمِنَتْ ، أَو تعلَّمتْ صنعةً . . فللوالدِ أَنْ يرجعَ في العينِ وزيادتِها .

وحكىٰ الطبريُّ وَجهاً لبعضِ أَصحابِنا : أَنَّهُ لا يَملِكُ الرجوعَ هاهُنا ، وهو قولُ محمَّدِ بنِ الحسنِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يرجعُ إِلاَّ أَنْ تكونَ الزيادةُ تعلُّمَ قرآنٍ ، أَو إِسلاماً ، أَو قضاءَ دينٍ ، فلا تمنعُ الرجوعَ) .

دليلُنا : أَنَّها زيادةٌ في الموهوبِ ، فلا تمنعُ الرجوعَ ، كما لَو حدثتْ قبلَ القبضِ .

وإِنْ كانتْ زيادةً منفصلةً ، بأَنْ وَهبَهُ نخلةً ، فأَطْلعتْ في يدهِ وأَبَّرَها ، ثمَّ رَجعَ الوالدُ . . كانتِ الثمرةُ للوَلدِ ؛ لأَنَّها زيادةٌ حدثتْ في مِلكِ الولدِ ، فلَمْ تتبعِ الأَصلَ ، كما قُلنا في الردِّ بالعيبِ .

فأَمَّا إِذا وَهبَهُ شاةً ، أَو بقرةً حاملاً : فإِنْ رَجعَ الوالدُ قبلَ الوضعِ . . رَجعَ في البهيمةِ وحملِها . وإِنْ وَضعتْ في يدِ الولدِ :

فإِنْ قُلنا : للحَملِ حكمٌ . . رَجعَ الوالدُ فيهما .

وإِنْ قُلنا : لا حكمَ للحملِ . . رَجعَ في الأُمِّ دونَ الولدِ .

وإِنْ وَهبَها وهيَ حائلٌ فحملتْ في يدِ الوالدِ : فإِنْ وَلدَتْ في يدِ الولدِ . . رَجعَ الولدُ في الأُمِّ دُونَ الولدِ ؛ لأَنَّه نماءٌ حدثَ في يدِ الولدِ . وإِنْ رَجعَ فيها قبلَ الوضعِ :

فإِنْ قُلنا : للحَملِ حكمٌ . . رَجعَ الوالدُ في الأُمِّ دونَ الولدِ .

وإِنْ قُلنا : لا حكمَ للحَملِ . . رَجعَ الوالدُ فيها .

فرعٌ : [وهب ولده عيناً فأتلفها] :

وإِنْ وَهبَ لولدِهِ عيناً ، وأَقبضَهُ إِيَّاها ، فأَتلَفَها الولدُ ، بأَنْ كانَ طعاماً فأَتلَفَهُ ، أَو عبداً فقتَلَهُ . . لَم يكنْ للأَبِ أَنْ يرجعَ فيها ؛ لأَنَّ حقَّهُ يتعلَّقُ بالعينِ ، والعينُ غيرُ موجودةٍ ، ولا يرجعُ في قيمتِها ؛ لأَنَّ حقَّهُ يتعلَّقُ بالعينِ دونَ القيمةِ .

وهٰكذا : لو كانتِ العينُ باقيةً ، إِلاَّ أَنَّها قدْ نَقَصتْ في يدِ الولدِ . . رَجعَ الوالدُ فيها ، ولا يرجعُ بأَرْشِ ما نقَصَتْ ، كما لا يرجعُ في قيمتِها إِذا كانتْ تالفةً .

وهٰكذا : لو كانَ في معنىٰ الإِتلافِ ، بأَنْ كانَ عبداً فأَعتقَهُ ، أَو كانتْ جاريةً فاستولَدَها الولدُ ؛ لأَنَّ العينَ باقيةٌ ، وإِنَّما تلفَ الرقُّ . . فليسَ للوالدِ أَنْ يرجعَ في العينِ ولا في قيمتِها .

وإِنْ تصرَّفَ الولدُ في العينِ تصرُّفاً لَم يتلِفْها بهِ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ تصرُّفاً لا يقطعُ تصرُّفَ الابنِ[1] ، بأَنْ كانتْ أَمَةً فزوَّجَها الابنُ ، أَو أَجَّرها ، أَو دبَّرها ، أَو أَعتقَها بصفةٍ . . فللأَبِ أَنْ يرجعَ فيها ؛ لأَنَّ تصرُّفَ الابنِ لَم يَنقطعْ فيها ، فإِذا رَجعَ . . لَمْ يبطلِ النكاحُ ، ولا الإِجارةُ ، ولٰكنْ إِذا انقطعا . . رَجعتِ المنفعةُ للأَبِ .

وأَمَّا التدبيرُ والعتقُ بالصفةِ : فيَبطلانِ ؛ لأَنَّ مِلكَ الابنِ قد زالَ .

وإِنْ كانَ تصرُّفُ الابنِ قدِ انقطعَ عَنِ العينِ ، بأَنْ باعَ العينَ ، أَو وَهبَها وأَقبضَها . . لَم يكنْ للأَبِ أَنْ يرجعَ ؛ لأَنَّ تصرُّفَ الابنِ يصحُّ فيها ، فهيَ كما لَو تَلفتْ .

فإِنْ عادتِ العينُ إِلىٰ الابنِ ببيعٍ ، أَو هبةٍ ، أَو إِرثٍ . . فهلْ للأَبِ أَنْ يرجعَ فيها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يرجعُ ؛ لأَنَّ العينَ موجودةٌ في مِلكِ الابنِ .

والثاني : لا يرجعُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ مِلكَ الابنِ لَم يكنْ مِنْ جهةِ الأَبِ .

---

(١) في (م) : (الولد) في الموضعين .

فإنْ قُلنا بالأَوَّلِ : وكانَ الابنُ قدِ ٱشتراها بثمنٍ في ذمَّتهِ ، وأَفلسَ ، وقُلنا : إنَّ الإفلاسَ لا يمنعُ الأَبَ مِنَ الرجوعِ ، والابنُ لَم يدفعْ ثَمنَ العينِ . . فإنَّ بائِعَها أَحقُّ بِها مِنَ الأَبِ ومِنَ الغُرماءِ ؛ لأَنَّ حقَّ البائعِ تعلَّقَ بها مِنْ جهةِ البيعِ .

وإنْ كانَ تصرُّفُ الابنِ ٱنقطعَ عَنِ العينِ ٱنقطاعاً مراعىً ، بأَنْ كانَ قدْ رهنَهُ ، أَو كانَ عبداً فكاتَبَهُ . . فليسَ للأَبِ أَنْ يَرجعَ فيهِ في الحالِ ؛ لأَنَّ الابنَ لا يصحُّ تصرُّفهُ فيهِ في هٰذهِ الحالةِ ، فكذٰلكَ الأَبُ .

فإنْ فكَّ الرهنَ ، أَو عَجزَ المكاتبُ فَفسختِ الكتابةُ . . كانَ للأَبِ أَنْ يرجعَ ؛ لأَنَّ مِلكَ الابنِ قدْ عادَ إليهِ . **هٰذا هوَ المشهورُ** .

وحكىٰ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المجرَّد » وَجهاً آخرَ في المكاتِبِ : أَنَّه إذا عَجزَ ورقَّ . . كانَ كما لَو باعَهُ ، ثمَّ رجعَ إِليهِ ؛ لأَنَّ الكتابةَ تَقطعُ تصرُّفَهُ فيهِ ، كما لو باعَهُ **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

فرعٌ : [جناية العبد الموهوب في يد الابن] :

وإنْ جنىٰ العبدُ في مِلكِ الابنِ فتعلَّقَ الأَرشُ برقبتهِ :

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : فليسَ للأَبِ أَنْ يَرجعَ فيهِ ؛ لأَنَّ تعلُّقَ الأَرشِ برقبتِهِ حقٌّ ، فهو كما لو رهنَهُ الابنُ .

قالَ : فإنْ بذلَ الأَبُ فكَّهُ ليرجعَ فيهِ . . كانَ لُه ذٰلكَ . ولَو كانَ مرهوناً فبَذَلَ الأَبُ فكَّهُ ليرجعَ فيهِ . . لَم يكنْ لَه .

والفرقُ بينَهما : أَنَّ فكَّ الرهنِ فسخٌ لعقدِ الموهوبِ لَه ، فلَم يكنْ لَه ذٰلكَ ، وهاهُنا لَم يتعلَّقْ بهِ حقٌّ مِنْ جهةِ العقدِ .

فرعٌ : [أرتجاع الموهوب من الولد] :

والرجوعُ هوَ أَنْ يقولَ الأَبُ : ٱرتجعتُها منكَ ، أَو رجعتُ فيما وَهبتُهُ لكَ . ولا يفتقرُ إِلىٰ قضاءِ قاضٍ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يصحُّ الرجوعُ إلاَّ بقضاءِ قاضٍ) .

دليلُنا : أَنَّه خيارٌ في فسخِ عقدٍ ، فلا يفتقرُ إِلىٰ قضاءِ قاضٍ ، كفسخِ العقدِفي خيارِ الثلاثِ .

وإِنْ كانَ الموهوبُ جاريةً فوطئَها الأَبُ . . فهلْ يكونُ رُجوعاً ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يكونُ رجوعاً ، كما لَو وطىءَ البائعُ الجاريةَ المبيعةَ بشرطِ الخيارِ ، في حالِ الخيارِ .

والثاني : لا يكونُ رجوعاً ؛ لأَنَّ مِلكَ الابنِ ثابتٌ عليها ، فلا يزولُ إِلاَّ بصريحِ الرجوعِ ، بخلافِ المبيعِ .

فإِنْ باعَ الأَبُ العينَ الموهوبةَ ، أَو وَهبَها ، وأَقبضَها . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، حكاها المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٥] :

أَحدُها ـ وهوَ الأَصحُّ ـ : أَنَّ الرجوعَ والبيعَ يصحّانِ .

والثاني : أَنَّ البيعَ والهبةَ لا يصحّانِ ، ولا يصحُّ الرجوعُ .

والثالثُ : أَنَّ الرجوعَ يصحُّ ، ولا يصحُّ البيعُ والهبةُ .

مسأَلةٌ : [الواهبون علىٰ ثلاثة أضرُبٍ] :

الواهبونَ على ثلاثةِ أضربٍ :

أَحدُها : هبةُ الأَعلىٰ للأَدنىٰ ، مثلُ : أَنْ يهبَ السلطانُ لبعضِ الرعيَّةِ ، أَو يهبَ الغنيُّ للفقيرِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَو يهبَ الأُستاذُ لغلامِهِ ، فهٰذهِ لا تقتضي الثوابَ ؛ لأَنَّ القصدَ مِنْ هٰذهِ الهبةِ القُربةُ إِلىٰ اللهِ تعالىٰ ، دونَ المجازاةِ .

والثاني : هبةُ النظيرِ للنظيرِ ، كهبةِ السلطانِ لمثلهِ ، أَوِ الغنيِّ لمثله ، فهٰذهِ لا تقتضي الثوابَ أَيضاً ؛ لأَنَّ القصدَ بهٰذهِ الهبةِ الوصلةُ والمحبَّةُ .

الثَّالثُ : هبةُ الأَدنىٰ للأَعلىٰ ، مثلُ : أَنْ يهبَ بعضُ الرعيَّةِ للسلطانِ شيئاً ، أَو يهبَ الفقيرُ للغنيِّ ، أَو يهبَ الغلامُ لأُستاذِهِ . . ففيهِ قولانِ :

قالَ في **القديمِ** : (يلزمُهُ أَنْ يُثيبَهُ) . وبهِ قالَ مالكٌ ؛ لمَا رويَ عَن عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّهُ قالَ : (مَنْ وَهبَ هبةً يَرجو ثَوابها . . فهيَ ردٌّ علىٰ صاحِبها ما لَم يُثِبْ عليها)[١] .

ورويَ : أَنَّ رجلاً سأَلَ فَضالةَ بنَ عُبيدٍ ، فقالَ : إِنِّي أَهديتُ إِلىٰ رجلٍ بازيّاً فلَم يُثبْني عليهِ ، فقالَ : إِنْ أَثابكَ وإِلاَّ فٱرجعْ وخُذْ بازيَّكَ .

ولأَنَّ العُرفَ والعادةَ : أَنَّ مَنْ وَهبَ لمَنْ أَعلىٰ منهُ ، إِنَّما يقصدُ به الثوابَ مِنَ المالِ ، فصارَ هٰذا العُرفُ كالشرطِ[٢] .

وقالَ في **الجديد** : (لا يلزمُهُ أَنْ يُثيبَهُ) . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّه تمليكٌ بغيرِ عِوَضٍ ، فلَم يقتضِ ثواباً كهبةِ الأَعلىٰ لمَنْ هوَ دونَهُ . وما رويَ عَنْ عمرَ وفَضالَةَ بنِ عُبيدٍ ، فقدْ رويَ عَنِ ٱبنِ عبَّاسٍ وٱبنِ عمرَ خلافُهُ . هٰذا نقلُ أَصحابِنا البغداديِّينَ .

وقالَ الخُراسانيُّونَ : إِذا وَهبَ لِمَنْ هوَ في مثلِ حالهِ . . فهلْ يقتضي إِطلاقُ الهبةِ الثوابَ ؟ فيهِ قولانِ .

ومنهم مَنْ قالَ : إِذا أَطلقَ الهبةَ ، فإِنْ كانَ قد نوىٰ الثوابَ . . ٱستحقَّهُ ، وإِنْ لَم ينوِ . . فهلْ يستحقُّهُ ؟ فيهِ قولانِ .

فإِنْ قُلنا : لا يستحقُّ إِلاَّ معَ النيَّةِ ، فٱختلفا : هلْ نوىٰ أَم لا ؟ ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ القولَ قولُ الواهبِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ أَنَّهُ لَم يرضَ بزوالِ مِلكهِ بغيرِ عِوَضٍ .

والثاني : أَنَّ القولَ قولُ الموهوبِ لَه ؛ لأَنَّ الأَصلَ عَدمُ النيَّةِ . **والمشهورُ** : طريقةُ البغداديِّينَ .

---

(١) أخرجه عن عمر عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٧١) ، وسلف ، وفيه أيضاً : (ومن وهب هبة لغير ذي رحم فلم يثبه من هبته . . فهو أحق بها) و(١٦٥١٩) بلفظه في المواهب ، ونحوه عند البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٨٢) في الهبات ، باب : المكافأة في الهبة .

(٢) للقاعدة : (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) .

فإذا **قُلنا بقولهِ الجديدِ** ، وأَنَّ الهبةَ لا تقتضي الثوابَ . . نظرتَ :

فإنْ وَهبَ لِمَنْ هوَ أَعلىٰ منهُ مِنْ غيرِ شرطِ الثوابِ ، فوَهبَ الموهوبُ لَه للواهبِ هبةً . . كانَ ذٰلكَ ٱبتداءَ عطيّةٍ تلزمُ بالقبضِ . وإِنْ خرجَ أَحدُهما معيباً أَو مستحِقّاً . . لَم يرجعْ صاحِبُها بهبتهِ .

وإِنْ وَهبَهُ بشرطِ الثوابِ : فإِنْ كانَ ثواباً مجهولاً . . بَطلتِ الهبةُ ؛ لأَنَّه شرطٌ ينافي مقتضىٰ الهبةِ ، ولأَنَّه شرطَ ثواباً مجهولاً ، فلَم يصحَّ ، كالبيعِ بثمنٍ مجهولٍ ، فإِنْ قبضَها الموهوبُ لَهُ . . كانَ حكمُهُ حكمَ البيعِ الفاسدِ .

وإِنْ شرطَ ثواباً معلوماً . . فهلْ تصحُّ الهبةُ ؟ فيهِ وجهانِ[1] :

أَحدُهما : لا تصحُّ الهبةُ ؛ لأَنَّه شرطٌ ينافي مقتضاها ، فلَمْ تصحَّ ، كما لو عقدَ النكاحَ بلفظِ الهبةِ .

فعلىٰ هٰذا : إِذا قبضَهُ كانَ حكمُهُ حكمَ البيعِ الفاسدِ .

والثاني : تصحُّ الهبةُ ، ويلزمُ الموهوبَ الثوابُ المشروطُ ؛ لأَنَّ الهبةَ تمليكُ العينِ ، وقدْ ثبتَ أَنَّه لَو قالَ : ملَّكتُكَ هٰذهِ العينَ ، ولَم يذكرِ العوضَ . . كانَ هبةً . ولو قالَ : ملَّكتُكَها بدينارٍ . . صحَّ وكانَ بيعاً ، فكذٰلكَ الهبةُ بالعِوَضِ .

فإِذا قُلنا بهٰذا: فحكمُهُ حكمُ البيعِ الصحيحِ في خيارِ المجلسِ ، والثلاثِ ، والردِّ بالعيبِ والشُّفعةِ . هٰذا نقلُ أَصحابِنا البغداديِّينَ .

وقالَ الخُراسانيُّونَ : هلْ حكمُهُ علىٰ هٰذا القولِ حكمُ البيعِ أَو حكمُ الهبةِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : حكمُهُ حكمُ البيعِ ٱعتباراً بالمعنىٰ ، لوجودِ العِوَضِ فيهِ .

والثاني : حكمُهُ حكمُ الهبةِ ٱعتباراً باللَّفظِ .

---

(١) في (م) : (قولان) .

وإنْ قالَ : وَهبتُكَ درهماً بدرهمينِ . . لَم يصحَّ علىٰ الطريقينِ ؛ لأنَّه رباً .

وإنْ قُلنا بقولهِ **القديمِ** . . نظرتَ : فإنْ أَطلقَ ولَم يَشرطِ الثوابَ . . فالموهوبُ لَه بالخيارِ : بينَ أَنْ يثيبَهُ ، وبينَ أَنْ يردَّ الموهوبَ :

فإنِ ٱختارَ أَنْ يثيبَهُ : ففي قَدْرِ ما يلزمُهُ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : يلزمُهُ أَنْ يثيبَهُ إِلىٰ أَنْ يرضىٰ الواهبُ ؛ لمَا روىٰ أَبو هريرةَ : أَنَّ أَعرابيّاً أَهدىٰ للنبيِّ ﷺ ناقةً ، فأَعطاهُ بدلَها ثلاثاً ، فلم يرضَ ، ثمَّ أَعطاهُ ثلاثاً ، فلَمْ يرضَ ، ثمَّ أَعطاهُ ثلاثاً ، فرضيَ ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لا أَتَّهِبَ هِبَةً إِلاَّ مِنْ قُرَشِيٍّ ، أَو أَنْصَارِيٍّ ، أَو ثَقَفِيٍّ ، أَو دَوسِيٍّ »[(١)] .

والثاني : يلزمُهُ أَنْ يثيبَهُ بقَدْرِ قيمتِهِ . وهوَ قولُ مالكٍ[(٢)] ؛ لأَنَّ كلَّ عقدٍ ٱقتضىٰ العِوَضَ إِذا لَم يُسَمَّ فيهِ عِوَضٌ . . وَجبتْ فيهِ قيمةُ المعوَّضِ ، كالنكاحِ .

والثالثُ : يلزمُهُ أَنْ يثيبَهُ ما يكونُ ثواباً لِمثلهِ في العادةِ ؛ لأَنَّ هٰذا الثوابَ وَجبَ بالعُرفِ ، فوجبَ قَدْرُهُ بالعُرفِ .

وحكىٰ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٥٦] وَجهاً آخرَ : أَنَّه يلزمُهُ أَنْ يُثيبَهُ ما يقعُ عليهِ الاسمُ ؛ لأَنَّه رضيَ بزوالِ ملكهِ بعِوَضٍ ، وقدْ يشتري الشيءَ النفيسَ بالثَّمنِ القليلِ .

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » (٢/ ٢٩٢) ، وأبو داود (٣٥٣٧) في البيوع ، والترمذي (٣٩٤٠) في المناقب ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٧٥٩) في الرقبىٰ ، وابن حبان في « الإحسان » (٦٣٨٣) بإسناد حسن ولفظه : « لقد هممت أن لا أقبل هدية إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي » ، وفي الباب :
عن ابن عباس أخرجه ابن حبان في « الإحسان » (٦٣٨٤) بإسناد صحيح . وقال في « تلخيص الحبير » (٣/ ٨٤) : وكذا رواه الحاكم وصححه علىٰ شرط مسلم .
وفي حاشية نسخة : (قال الأصحاب : وإنما خصَّ من ذكر لأنهم مشهورون بسماحة النفوس ، وقلّة الطمع . من« شرح التنبيه » لابن الرفعة) .

(٢) في هامش نسخة : (لأن العادة أن الإنسان إذا وهب شيئاً قد ينتظر ثواباً أكثر منه بكثير . من « الإبانة ») .

فإنْ لَم يثبْهُ الموهوبُ . . فللواهبِ أَنْ يرجعَ في العينِ الموهوبةِ إنْ كانتْ باقيةً ؛ لأنَّه لَم يرضَ بزوالِ مِلكهِ عنها إلاَّ بعِوَضٍ ، ولَم يحصلِ العوَضُ . فإنْ كانتْ زائدةً زيادةً متَّصلةً . . رَجعَ فيها وبزيادَتِها . وإنْ كانتْ زائدةً زيادةً منفصلةً . . رَجعَ فيها دونَ الزيادةِ ، كما قُلنا في هبةِ الأَبِ لولَدهِ .

وإنْ كانتِ العينُ تالفةً . . فهلْ يرجعُ عليهِ بقيمتها ؟ فيهِ قولانِ[١] :

أَحدُهما : لا يرجعُ عليهِ بقيمتِها ؛ لأَنَّها تلِفتْ في مِلكهِ ، فهوَ كما لَو وَهبَ الأَبُ لابنهِ عيناً وتلِفتْ في يدِهِ .

والثاني : يرجعُ عليهِ بقيمتِها ؛ لأنَّه مَلَكَها بعِوَضٍ ، فإذا تلِفتْ . . ضمنَها بقيمتِها . **والمذهبُ الأَوَّلُ**[٢] .

وإنْ وَجدَ العينَ وقدْ نَقصَتْ في يدِ الموهوبِ لَه . . رَجعَ الواهبُ فيها ، وهلْ يرجعُ عليهِ بأَرْشِ النقصِ ؟ علىٰ الوجهينِ .

وإنْ وَهبَهُ بشرطِ الثوابِ :

فإنْ كانَ ثواباً مجهولاً ، بأَنْ قالَ : وَهبتُكَ علىٰ أَنْ تثيبَني ، فقالَ : قبلتُ . . صحَّتِ الهبةُ ؛ لأَنَّ الهبةَ تقتضِي الثوابَ ، وشرطُهُ تأكيدٌ .

وإنْ شَرطَ ثواباً معلوماً . . فهلْ يصحُّ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا تصحُّ ؛ لأَنَّ الهبةَ تقتضي ثواباً مجهولاً ، فإذا شرطَ ثواباً معلوماً ، فقدْ شرطَ ما ينافي مقتضاها ، فلَم يصحَّ .

والثاني : يَصحُّ ؛ لأَنَّ الهبةَ إذا صحَّتْ بشرطِ الثوابِ المجهولِ . . فلأَنْ تصحَّ معَ المعلومِ أَولىٰ .

---

(١) في (م) : (وجهان) .

(٢) في حاشية نسخة : (قال الشيخ أبو حامد في « التعليق » : المذهب أن له الرجوع ، وربما فهم من « البسيط » ، وصححه في « العزيز ») .

فرعٌ : [اختلفا علىٰ طلب البدل] :

وإنِ ٱختلفا فقالَ الواهبُ : وَهبتُكَ ببدلٍ ، وقالَ الموهوبُ لَه : وَهبتني بغيرِ بدلٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : القولُ قولُ الواهبِ معَ يمينهِ ؛ لأنَّه لَم يُقِرَّ بخروجِ مِلكهِ إلاَّ ببدلٍ .

والثاني : القولُ قولُ الموهوبِ لَه ؛ لأَنَّ الأَصلَ براءةُ ذمَّتهِ وعدمُ شرطِ البدلِ .

وإنْ وَهبَهُ جاريةً هبةً تقتضي الثوابَ ، فقبضَها الموهوبُ لَه ، ووَطِئَها ، ولَم يُثبِ الواهبَ . . فللواهبِ أَنْ يرجعَ في جاريتِهِ ، ولا مهرَ علىٰ الموهوبِ لَه ؛ لأَنَّه وَطِئَها في مِلكهِ ، فهوَ كما لَو وَهبَ الأَبُ لِابنهِ جاريةً فوطِئَها الابنُ ثمَّ رجعَ الأَبُ عليهِ ، فإنَّه لا مهرَ عليهِ .

وإنْ وَهبَ لَه ذهباً أَو فضَّةً هبةً تقتضي الثوابَ ، فإنْ أَثابَهُ مِنْ جنسِ الأَثمانِ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ قبلَ التفرُّقِ . . صحَّ ذٰلكَ ، ويعتبرُ التساوي بينَهُما إنْ كانا مِنْ جنسٍ وَاحدٍ ، كما قُلنا في البيعِ .

وإنْ كانَ بعدَ التفرُّقِ . . بَطلتِ الهبةُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ معاوضةٌ .

وإنْ أَثابَهُ مِنْ غيرِ جنسِ الأَثمانِ . . جازَ ، سواءٌ كانَ قبلَ التفرُّقِ أَو بعدَ التفرُّقِ ، كالبيعِ .

واللهُ أَعلمُ وبالله التوفيقُ

* * *

بابُ العُمْرَىٰ والرُّقْبَىٰ[1]

العُمْرَىٰ : نوعٌ منَ الهبةِ تَفتقرُ إِلىٰ الإِيجابِ والقَبولِ ، ولا تلزمُ إِلاَّ بالقبضِ ، ولا يصحُّ القبضُ فيها إِلاَّ بإِذنِ الواهبِ .

وفي العُمْرَىٰ ثلاثُ مسائلَ :

إِحداهنَّ : أَنْ يقولَ : أَعمرتُكَ داري هٰذهِ ، وجعلتُها لكَ حياتَكَ ، أَو عُمُركَ ، ولعَقِبِكَ بعدَكَ . فإِذا قالَ الآخَرُ : قبلتُ ، وأَذِنَ لَه في القبضِ ، فقبضَ . . صحَّ ، وكانَ ذٰلكَ هبةً . وبهِ قالَ أَكثرُ الفقهاءِ .

ومِنَ الناسِ مَنْ قالَ : لا تجوزُ العُمْرَىٰ ؛ لمَا رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا تُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا »[2] .

وقالَ مالكٌ : (يكونُ للمُعْمَرِ في حياتهِ ولعَقِبهِ ، فإِذا آنقضىٰ . . رَجعتْ إِلىٰ المُعْمِرِ) .

ودليلُنا : ما روىٰ أَبو هريرةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قال : « ٱلْعُمْرَىٰ جَائِزَةٌ »[3] . وروىٰ

---

(١) العمرىٰ : أن يقول الرجل للرجل : هٰذه الدار لك عمري أو عمرك ، فإن متَّ قبلي . . رجعت إليّ وإن متُّ قبلك فهي لك ، وهي مأخوذة من العمر . ويستأنس لها بقوله تعالىٰ : ﴿وَٱسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾ [هود : ٦١] أي أسكنكم فيها مدة أعماركم فصرتم عمارها .
والرقبىٰ : مأخوذة من المراقبة كأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه . فأبطل النبي ﷺ الشرط في هٰذه الهبات وأجاز الهبات لمن وهبت له . ونهاهم عن اشتراط الشروط ، وأعلمهم أنهم إن أرقبوا أو أعمروا بطلت الشروط وجازت الهبات .

(٢) أخرجه عن جابر بن عبد الله الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٨٧) في الهبة والعمرىٰ ، وأبو داود (٣٥٥٦) في البيوع ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٧٣١) في العمرىٰ ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » (٤/ ٩٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٧٥) في الهبات . قال في « تلخيص الحبير » (٣/ ٨٢) : وصححه أبو الفتح القشيري علىٰ شرطهما .

(٣) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » (٢/ ٣١٩) وغيرها ، والبخاري (٢٦٢٦) ، ومسلم (١٦٢٦) في الهبات ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ٣١٥) في البيوع ، وأبو=

جابرٌ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً لَهُ وَلِعَقِبِهِ . . فَهُوَ لِلَّذِي يُعْطَاهَا ، لا يَرْجِعُ إِلَىٰ ٱلَّذِي أَعْطَاهَا ؛ لأَنَّهُ أَعْطَىٰ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيْهِ ٱلْمَوَارِيْثُ »[١] .

يعني : أنَّه وَرِثَ عَنِ المعطي .

وفي روايةٍ أُخرىٰ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا تُعْمِرُوا ، ولا تُرْقِبُوا ، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً ، أَو أَرْقَبَهُ . . فَهُوَ سَبِيْلُ ٱلْمِيْرَاثِ . » .

وأَمَّا النهيُ : فإِنَّما نهىٰ عمَّا كانَ يفعلُهُ أَهلُ الجاهليَّةِ ، وهوَ أَنَّهم كانوا يجعلُونَها للمُعْمَرِ في حياتهِ ، فإذا ماتَ . . رَجعتْ إِلىٰ المُعْمِرِ .

المسأَلةُ الثانيةُ :

إِذا قالَ : أَعمرتُكَ هٰذهِ الدارَ ، أَو جعلتُها لكَ عُمُرَكَ ، أَو ما عِشْتُ ، أَو ما حييتَ ، وأَطلقَ . . ففيهِ قولانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ في **الجديدِ** : (تصحُّ ، وتكونُ للمُعْمَرِ في حياتِهِ ، ولورثتِهِ مِنْ بعدِهِ ، ولا ترجعُ إِلىٰ المعطي) . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لمَا روىٰ جابرٌ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً . . فَهُوَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ » .

وروىٰ جابرٌ : (أَنَّ رجلاً مِنَ الأَنصارِ أَعطىٰ أُمَّهُ حديقةً ، فماتتْ ، فقالَ : أَنا أَحقُّ بها ؛ لأَنِّي أَعطيتُها مُدَّةَ حياتِها ، فقالَ إِخوتُه : نحنُ فيها شركاءُ ، فٱختصموا إِلىٰ النبيِّ ﷺ فجعلَها ميراثاً بينهُم)[٢] .

= داود (٣٥٤٨) في البيوع ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٧٥٤) و(٣٧٥٥) في العمرىٰ .

(١) أخرجه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما مسلم (١٦٢٥) في العمرىٰ ، وأبو داود (٣٥٥٢) و(٣٥٥٣) و(٣٥٥٤) في البيوع ، والترمذي (١٣٥٠) في الأحكام ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٧٤٤) و(٣٧٤٥) و(٣٧٤٨) في العمرىٰ ، وابن ماجه بنحوه (٢٣٨٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٧٢) في الهبات . وفيه لفظ : « أيما رجل أعمر عمرىٰ له ولعقبه . . . » .

(٢) أخرجه عن جابر أبو داود (٣٥٥٧) في البيوع ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٧٤) في الهبات ، وقال : رواه أبو داود في « السنن » عن عثمان ابن أبي شيبة نحو رواية ابنه عنه وليس بالقوي ، وقد رواه ابن عيينة بخلاف ذٰلك وهو مذكور في هٰذا الباب . =

وأَمَّا القولُ القديمُ : فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ أَبو إِسحاقَ المروزيُّ : قولهُ القديمُ : (إِنَّها تكونُ للمُعمَرِ في حياتِهِ ، فإِذا ماتَ . . رَجعتْ إِلىٰ المعطي) ؛ لقولهِ ﷺ : « مَنْ أَعمَرَ شَيْئاً لَهُ وَلِعَقِبِهِ . . فَهُوَ لِلَّذِي يُعْطَاهَا ، لا تَرْجِعُ إِلىٰ ٱلَّذي أَعْطَاهَا » فدليلُ خِطابهِ[1] أَنَّه إِذا لَم يَشترطْ لِعَقبِهِ . . فإِنَّها ترجعُ إِلىٰ الذي أَعطاهَا .

وقالَ أَكثرُ أَصحابِنا : قولُه القديمُ : (إِنَّ العطيَّةَ تكونُ فاسدةً) لأَنَّه تمليكُ عينٍ وَقَّتَهُ[2] ، فلَمْ يصحَّ ، كَما لَو قالَ : أَعمرتُكَ هٰذا شهراً ، أَو بعتُكَ هٰذا شهراً .

المسأَلةُ الثالثة :

إِذا قالَ : أَعمرتُكَ هٰذهِ الدارَ ، أَو جعلتُها لكَ حياتَكَ ، أَو عُمركَ ، فإِذا مُتَّ عادتْ إِليَّ إِنْ كنتُ حيّاً ، وإِلىٰ ورثتي إِنْ كنتُ ميِّتاً . . فهيَ كالثانيةِ علىٰ قولينِ :

[**الأَوَّلُ**] : علىٰ ٱلقولِ **الجديدِ** : تكونُ للمعمَرِ في حياتِهِ ، ولورثتِهِ بعدَه .

و[**الثاني**] : علىٰ ما حكاهُ أبو إِسحاق عنِ **القديمِ** : تكونُ علىٰ ما شرطَ للمعمَرِ في حياتهِ ، فإِذا ماتَ . . رَجعتْ إِلىٰ المعطي إِنْ كانَ حيّاً ، وإِلىٰ ورثتِهِ إِنْ كانَ ميِّتاً . وعلىٰ ما حكاهُ غيرُه عَنِ **القديمِ** . . تكونُ العطيَّةُ باطلةً .

فإِنْ قيلَ : هلاَّ قُلتمْ تَبطلُ الهبةُ علىٰ القولِ **الجديدِ** ؛ لأَنَّ العُمْرَىٰ تقتضي التمليكَ علىٰ التأبيدِ ، فإِذا قدَّرهُ بحياةِ المُعْمَرِ ، فقدْ شَرطَ شرطاً ينافي مقتضىٰ العقدِ فأَبطَلَهُ ، كما لَو قالَ : وهبتُكَ هٰذهِ الدارَ سنةً ؟

فالجوابُ : أَنَّ هٰذا الشرطَ لا يبطلُ العُمْرَىٰ ؛ لأَنَّه ليسَ بشرطٍ علىٰ المُعمَرِ ، وإِنَّما

= وأخرج نحو القصة عنه عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٨٨٦) في العمرىٰ ، ومسلم (١٦٢٥) (٢٨) في الهبات ، وفيه : (أعمرت امرأة بالمدينة حائطاً لها ابناً لها ثم توفي ، وتوفيت بعده . . .) .

(١) يعني مفهوم مخالفته ، وجاء في حاشية نسخة : (هٰذه الطرق ذكرها في « التنبيه » ما خلا الطريقة التي تقول قولاً واحداً) .

(٢) **وقَّته** : أي قدَّره بمدة معينة .

هوَ شرطٌ علىٰ وَرثتِهِ . فإذا لَم يكنِ الشرطُ علىٰ[1] المعقودِ لَه . . لَم يؤثِّرْ في العقدِ ، بخلافِ ما لَو قالَ : وَهبتُ لكَ داريَ سنةً ، فإنَّه لا يصحُّ ؛ لأنَّ النقصانَ دخلَ في مِلكِ المعقودِ لَه ، فلَمْ يصحَّ .

فرعٌ : [فيمن أعمره داره] :

إذا قالَ رجلٌ لآخَرَ : جعلتُ لكَ هٰذهِ الدارَ عُمريَ أَو حياتيَ . . ففيهِ وجهانِ[2] ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٥٧] :

أَحدُهما ـ ولَم يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ ـ : أَنَّ الحكمَ فيها كما لَو قالَ : جعلتُها لك عُمركَ أَو حياتَكَ ، علىٰ ما مضىٰ .

والثاني : لا تصحُّ بحالٍ ؛ لأَنَّه إذا جعلَها للمعمَرِ مدَّةَ حياتِهِ . . فكأَنَّه أَبَّدَ التمليكَ لَه ؛ لأَنَّه إنَّما يملكُ الشيءَ مدَّةَ عُمرِهِ .

فأَمَّا إذا قالَ : عُمريَ أَو حياتيَ ، فلَم يجعلْها لَه مؤبَّداً ؛ لأَنَّ المعطيَ قدْ يموتُ والمُعْمَرَ حيٌّ ، فلَمْ يصحَّ ، كما لَو قالَ : أَعمرتُكَها شهراً .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٥٧] : وهٰكذا الوجهانِ إذا قالَ : أَعمرتُكَها عُمْرَ زيدٍ ، أَو حياتَهُ .

مسأَلةٌ : [ما يعطىٰ علىٰ سبيل الرقبىٰ] :

وأَمَّا الرُّقْبَىٰ : فهوَ أَنْ يقولَ : أَرقبتُكَ هٰذهِ الدارَ ، أَو جَعلتُ داريَ لكَ رُقْبَىٰ .

ومعنىٰ هٰذا : أَنَّها لكَ مدَّةَ حياتكَ ، فإنْ متَّ قبليَ . . عادتْ إليَّ ، وإنْ متُّ قبلَكَ . . فهيَ لكَ ولوَرثتِكَ بعدَكَ .

---

(١) في (م) : (مع) .
(٢) في حاشية نسخة : (وحكاهما الشيخ أبو إسحاق في « التعليقة » وذٰلك أنه قال : فإن أعمره المالك في حياة شخص غيره ففيه وجهان) .

فهيَ كالمسأَلةِ الثانيةِ مِنَ العُمْرَىٰ ، علىٰ القولِ **الجديدِ** : تكونُ للمُرقَبِ في حياتهِ ولورثَتهِ بعدَهُ .

وأَمَّا علىٰ القولِ **القديمِ** : فعلىٰ ما حكاهُ أَبو إِسحاقَ تكونُ للمرقَبِ في حياتهِ ، فإِنْ ماتَ والمعطي حيٌّ . . رَجعتْ إِليهِ . وإِنْ ماتَ المعطي أَوَّلاً . . كانتْ للمرقَب في حياتهِ ، ولورَثتهِ بعدَهُ .

وعلىٰ ما حكاهُ غيرُ أَبي إِسحاقَ عَنِ **القديمِ** : تكونُ العطيَّةُ باطلةً .

هٰذا مذهبُنا ، وبهِ قالَ أَبو يوسفَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ومحمَّدٌ : (الرُّقبَىٰ لا تُملَّكُ ، وتَكونُ عاريَّةً ؛ لأَنَّ معناها أَنَّها لآخِرنا مَوتاً ، فلا يصحُّ التمليكُ بهٰذا ؛ لأَنَّ التمليكَ معلَّقٌ بخطرٍ وغَرَرٍ)[1] .

وقالَ مجاهدٌ : الرُّقْبَىٰ هوَ : أَنْ يقولَ : هٰذهِ الدارُ للآخِرِ منِّيَ ومنكَ موتاً .

وتعلَّقوا بما رويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ أَجازَ العُمْرَىٰ وأَبطلَ الرُّقْبَىٰ)[2] .

ودليلُنا : ما روىٰ جابرٌ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « يَا مَعْشَرَ ٱلأَنْصَارِ : أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، لا تُعْمِرُوا ، ولا تُرْقِبُوا ، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئَاً أَوْ أَرْقَبَهُ . . فَهُوَ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ »[3] .

وفي روايةٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « العُمْرَىٰ جَائِزَةٌ لأَهْلِهَا ، وَالرُّقْبَىٰ جَائِزَةٌ لأَهْلِهَا »[4] وما رَوَوهُ غيرُ معروفٍ .

---

(١) في هامش نسخة : (قد يصح التمليك بهٰذا) .

(٢) يدل له ما أخرجه عن زيد بن ثابت أبو داود (٣٥٥٩) في البيوع ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٧٢٣) في العمرىٰ ، ولفظه : « من أعمر شيئاً فهو لمعمره محياه ومماته . ولا تُرقبوا ، فمن أرقب شيئاً فهو سبيله » . **لا تُرقبوا** : لا تفعلوا ذٰلك حتىٰ تندموا علىٰ فوات ما أرقبتم .

(٣) أخرجه بنحوه وبألفاظ متقاربة عن جابر أحمد في « المسند » (٣/ ٣١٢ و٣١٧) وغيرها ، ومختصراً مسلم (١٦٢٥) (٢٦) و(٢٧) في الهبات ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٧٣٦) و(٣٧٣٧) في العمرىٰ ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ٣١٤) في البيوع والأقضية ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٧٣) في الهبات .

(٤) أخرجه عن جابر أبو داود (٣٥٥٨) في البيوع ، والترمذي (١٣٥١) في الأحكام ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٧٣٩) في العمرىٰ ، وابن ماجه (٢٣٨٣) ، ومختصراً البيهقي في « السنن=

فإنْ قيلَ : فقدْ سوَّيتم بينَ معنىٰ العُمْرَىٰ والرُّقْبَىٰ ، وٱختلافُ الأَسماءِ يدلُّ علىٰ ٱختلافِ المسمَّياتِ ؟

قُلنا : بينهُما فرقٌ ، وذٰلكَ : أَنَّ المُعْمَرَ يَملِكُ ما أُعْمِرَهُ مدَّةَ عُمُرِهِ ، فإذا ماتَ . . ٱقتضىٰ ذٰلكَ أَنْ يرجعَ إِلىٰ ٱلمُعمِرِ ، أَو إِلىٰ وَرثتِهِ إِنْ لَم يكنْ باقياً .

وأَمَّا الرُّقْبَىٰ : فٱقتضتْ أَنَّه ملَّكَهُ إِيَّاها ، فإِنْ ماتَ . . رَجعتْ إِلىٰ المُرقِبِ . وإِنْ ماتَ المرقِبُ قَبْلَهُ . . ٱستقرَّتْ علىٰ مِلكِ المُرقَبِ ، ولَم تَرجعْ بموتِهِ إِلىٰ وَرثةِ المرقِبِ .

فرعٌ : [تعطىٰ العمرىٰ من الثلث] :

إِذا قالَ رجلٌ لآخَرَ : إِذا مِتُّ فهٰذهِ الدارُ لكَ عُمُرَكَ ، فإِذا متَّ عادتْ إِلىٰ وَرثتي ، فإِذا ماتَ المعطي ، وخرجتِ الدارُ مِنَ الثلثِ . . كانتْ علىٰ قولينِ ، كما لَو قالَ : هٰذهِ الدارُ لكَ عُمُرَكَ ، فإِذا متَّ قبلي ، عادتْ إِليَّ إِنْ كنتُ حيّاً ، وإِلىٰ وَرثتي إِنْ كنتُ ميّتاً .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٥٧] : إِذا قالَ الشريكانِ في الدارِ : هيَ لآخِرِنا موتاً . . صارَ نصيبُ كلِّ وَاحدٍ منهُما رُقبَىٰ لِصاحبِهِ ، وقدْ مضىٰ بيانُ الرُّقْبَىٰ .

مسألَةٌ : [صحة إبراء صاحب الدين] :

ومَنْ وَجبَ لَه علىٰ غيرِهِ دَينٌ . . صحَّ إِبراؤُهُ منهُ . وهلْ يَفتقرُ إِلىٰ قَبولِ البراءَةِ ممَّنْ عليهِ الدَّينُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَفتقرُ إِلىٰ قبولِهِ ؛ لأَنَّ عليهِ منَّةً[1] في إِسقاطِ الحقِّ عنهُ . . فٱفتقرَ إِلىٰ قبولِهِ ، كقبولِ الهبةِ .

= الكبرىٰ » (٦/ ١٧٤) في الهبات .

قال الترمذي : هٰذا حديث حسن ، وقد روىٰ بعضهم عن أبي الزبير بهٰذا الإسناد عن جابر موقوفاً ولم يرفعه ، والعمل علىٰ هٰذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم : أن الرقبىٰ جائزة مثل العمرىٰ ، وهو قول أحمد وإسحاق ، وفرق بعض أهل العلم من أهل الكوفة وغيرهم بين العمرىٰ والرقبىٰ ، فأجازوا العمرىٰ ، ولم يجيزوا الرقبىٰ .

(١) **المِنة** : ذكر الإحسان والإفضال ، ومنه يقال : المنة تهدم الصنيعة .

الثاني ـ وهوَ الأَصحُّ ـ : أَنَّه لا يفتقرُ إِلىٰ قَبولِهِ ؛ لأَنَّه إِسقاطٌ وليسَ بتمليكِ عينٍ ، فلَمْ يَفتقرْ إِلىٰ القَبولِ ، كإِسقاطِ الشُّفعةِ والقِصاصِ والعتقِ ، بخلافِ الهبةِ ، فإِنَّها تمليكُ عينٍ .

ولا يصحُّ الإِبراءُ مِنْ دينٍ مجهولٍ ؛ لأَنَّه إِزالةُ مِلكٍ ، فلَم يصحَّ معَ الجهلِ بهِ ، كالهبةِ . فإِنْ قالَ : أَبرأْتُكَ مِنْ دينارٍ إِلىٰ مئةِ دينارٍ ، وكانَ يعلمُ أَنَّهُ يستحِقُّ ذٰلكَ عليهِ . . صحَّتِ البراءةُ . وإِنْ أَبرأَهُ مِنْ دينٍ وكانَ مَنْ لهُ الدينُ لا يعلمُ أَنَّهُ يستحِقُّ ذٰلكَ عليهِ ، ثمَّ بانَ أَنَّه كانَ يستحقُّهُ عليهِ . . فهلْ تصحُّ البراءةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تصحُّ البراءةُ ؛ لأَنَّها وَافقتْ وُجوبَ الدَّينِ .

والثاني : لا تصحُّ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّه عقدَ البراءةَ ، وهوَ متلاعبٌ .

وإِنْ قالَ : تصدَّقتُ عليكَ بالدَّينِ الذي لي عليكَ . . صحَّ ذٰلكَ ، وكانَ براءةً بلفظِ الصدَقةِ ؛ لقولهِ تعالىٰ :

﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ﴾ [النساء : ٩٢] .

وقولِهِ تعالىٰ :

﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] .

وأَرادَ بالصدَقةِ في الآيتينِ البراءةَ .

قالَ أَبو العبَّاسِ : وهٰذا يدلُّ علىٰ صحَّةِ البراءةِ بلفظِ الصدقةِ ، وعلىٰ أَنَّ الصدقةَ تصحُّ علىٰ الغنيِّ والفقيرِ ، وعلىٰ أَنَّ صدقةَ التطوُّعِ تصحُّ علىٰ بني هاشمٍ ، وبني المطَّلِبِ ؛ لأَنَّه لَم يفرِّقْ في الآيتينِ .

وإِنْ وَهبَ دَينَهُ لمَنْ هوَ في ذمَّتهِ . . صحَّتِ الهبةُ وَجهاً وَاحداً ؛ لأَنَّ الهبةَ والصدقةَ وَاحدٌ ، فإِذا صحَّتِ الصدقةُ . . صحَّتِ الهبةُ ، وهلْ يكونُ حكمُها حكمَ الإِبراءِ ، لا يفتقرُ إِلىٰ القَبولِ علىٰ الأَصحِّ ، أَو حكمَ الهبةِ يَفتقرُ إِلىٰ القَبولِ ، ولا يلزمُ حتَّىٰ تمضيَ مدَّةٌ يتأَتَّىٰ فيها القبضُ ؟ علىٰ وجهينِ .

فإِنْ وَهبَ مَنْ لَه الدَّينُ دَينَهُ لغيرِ مَنْ هوَ عليهِ ، أَو باعَهُ منهُ ، وكانَ الدَّينُ مستقِرّاً . . فهلْ يصحّانِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يصحَّانِ ؛ لأَنَّه غيرُ مَقْدورٍ علىٰ تسليمهِ .

والثاني : يصحّانِ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ الذممَ تجري مجرىٰ الأَعيانِ ، بدليلِ : أَنَّ الرجلَ يَبتاعُ بعينِ ماله ، ويبتاعُ بثمنٍ في ذمَّتهِ . وكذٰلك يبيعُ عينَ مالهِ ، ويبيعُ ما في ذمَّتهِ ، وما جازَ بيعُهُ وٱبتياعُهُ . . جازتْ هبتُهُ ؛ لأَنَّه لا خلافَ أَنَّ الحَوالةَ تَصحُّ ، وهيَ في الحقيقةِ بيعٌ ، فكذٰلكَ البيعُ .

فإذا قُلنا بهٰذا : فهلْ يفتقرُ لزومُ الهبةِ إِلىٰ الإذنِ بالقبضِ ، وإِلىٰ القبضِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَفتقرُ إِلىٰ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ هٰذا شرطٌ في لزومِ الهبةِ في العينِ ، فكذٰلكَ في الدَّينِ .

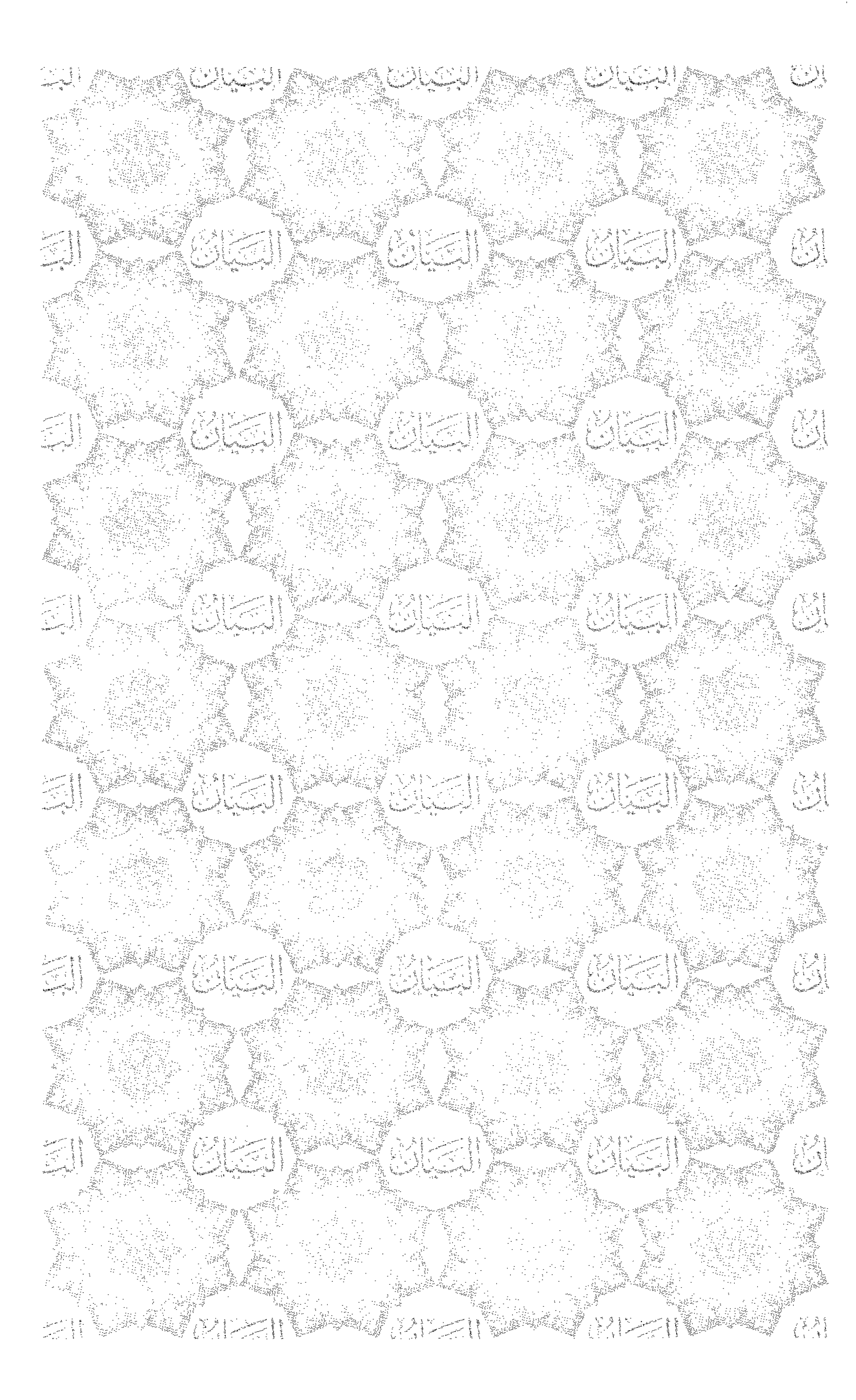
والثاني : لا يَفتقرُ إِلىٰ ذٰلكَ ، **وهوَ الأَصحُّ** ، كالحَوالَةِ لا يُعتبرُ فيها القبضُ .

والله أَعلم وبالله التوفيقُ

* * *



كتاب الوصايا



كتاب الوصايا[1]

الوَصِيَّةُ : مأخوذةٌ مِنْ قولِهم : وَصَّيتُ الشيءَ أَصِيْهِ إِذا وَصلتَهُ ؛ لأَنَّ الموصيَ يصلُ ما كانَ منهُ في حياتهِ بما بَعدَهُ مِنْ أَمرِ مماتِهِ .

والأَصلُ في ثبوتِ الوَصيةِ : الكتابُ ، والسنَّةُ ، والإِجماعُ .

أَمَّا الكتابُ : فقولُه تعالىٰ : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء : ١٢] .

وأَمَّا السُّنةُ : فما رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَا حَقُّ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ عِنْدَهُ شَيْءٌ يُوْصِيْ فِيْهِ يَبِيْتُ لَيْلَتَيْنِ إِلاَّ ووَصِيَّتُهُ مَكْتُوْبَةٌ عِنْدَ رأْسِهِ »[2] .

---

(١) **الوصايا** : جمع وصية ، وهي لغة : العهد والإيصال إلىٰ الغير في القيام بأمر من الأمور ؛ لأن الموصي يصل خير دنياه بخير عقباه .
وشرعاً : تمليك مضاف إلىٰ ما بعد الموت ، أو هو تبرع بحقٍّ مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت .
والحكمة من تشريعها : تحقيق مصلحة الموصي في تحصيل الأجر والثواب وتحقيق مصلحة للناس لأنها من أنواع الإنفاق في وجه الخير التي يستفيد منها الفرد والمجتمع ، والصدقة في الحياة أفضل من الوصية ؛ لأن النور الذي يتقدمك أفضل من الذي يليك أو يلحقك .
ويقال : وصَّىٰ وأوصىٰ بمعنىً واحد . قال ذو الرمة :
نصي الليل بالأيام حتىٰ صلاتُنا مقاسمةٌ يشقُّ أنصافَها السفرُ
أي نصل الليل بالأيام .

(٢) أخرجه عن ابن عمر مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٦١) ، وأورده الشافعي في « الأم » (٤/ ١٨) ، و« مختصر المزني » (٣/ ١٥٩) ، والبخاري (٢٧٣٨) في الوصايا ، ومسلم (١٦٢٧) في الوصية ، وأبو داود (٢٨٦٢) ، والترمذي (٢١١٩) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٦١٥) و(٣٦١٨) ، وابن ماجه (٢٧٠٢) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٩٤٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٧٢) في الوصايا وفيها : « مكتوبة عنده » .
جاء في حاشية نسخة : (ما حق امرىء مسلم : ما لامرىء أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده=

ورويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ لمَّا قَدِمَ المدينةَ . . سأَلَ عَنِ البراءِ بنِ معرورٍ ، فقالوا لَه : إِنَّه هَلكَ ، وأَوصىٰ لكَ بثلثِ مالِهِ ، فقبِلَهُ النبيُّ ﷺ ، ثمَّ ردَّهُ علىٰ وَرثتِهِ)[١] .

وأَمَّا الإِجماعُ : فرويَ : (أَنَّ أَبا بكرٍ رضيَ اللهُ عنهُ وَصَّىٰ بالخلافةِ إِلىٰ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ)[٢] . و : (لمَّا طُعِنَ عمرُ . . أَوصىٰ بالخلافةِ إِلىٰ أَهلِ الشورىٰ ، وهُم ستَّةٌ : عثمانُ ، وعليٌّ ، وطلحةُ ، والزبيرُ ، وعبدُ الرحمٰنِ بنُ عوفٍ ، وسعدُ بنُ أَبي وَقَّاصٍ)[٣] .

وظهرَ ذٰلكَ في الصحابةِ رضيَ اللهُ عنهُم ، ولَم يخالفْهما أَحدٌ ، بلْ عُملَ بهِ[٤] .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ ما يوصي بهِ الإِنسانُ ضَربانِ ، وَصيَّةٌ بالنظرِ فيما كانَ النظرُ لَه فيهِ ، ووَصيَّةٌ بثلثِ مالهِ[٥] .

= مكتوبة ويحتمل : ما المعروف في الأخلاق إلا هٰذا الفرض . عن القاضي حسين من « شرح التنبيه » لابن الرفعة) . ما حق امرىء : ما حقه من جهة الحزم والاحتياط إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان يريد أن يوصي ، فإنه لا يدري متىٰ توافيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذٰلك ، وفي الحديث : أن الوصية ليست بواجبة وهو قول عامة الفقهاء ، لكن ذهب بعض التابعين إلىٰ الوجوب . والله أعلم .

(١) أخرجه عن أبي قتادة الطبراني في « الكبير » (١١٨٥) . قال عنه الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٤/ ٢١٦) : رواه الطبراني وتابعيه لم أعرفه ، وبقية رجاله ثقات . وكذا أورده عنه الحافظ في « الإصابة » ت (٦٢٢) ، وفيه أيضاً : وروىٰ ابن شاهين بإسناد لين من طريق عبد الله بن أبي قتادة حدثتني أمي عن أبي : أن البراء . . نحوه .

(٢) أخرج خبر خلافة عمر بتولية أبي بكر رضي الله عنه له عن زيد بن الحارث ، وقيس بن أبي حازم وعائشة وغيرهم ابن أبي شيبة في « المصنف » (٨/ ٥٧٤ و٥٧٥) ، وأبو نعيم في « الحلية » (١/ ٣٦) ، وأورده في كنز العمال (١٤١٧٤) و(١٤١٧٥) و(١٤١٧٦) و(١٤١٧٧) و(١٤١٧٨) و(١٤١٧٩) فانظره .

(٣) أخرج خبر عمر رضي الله عنه في قصة بيعة عثمان عن عمرو بن ميمون البخاري (٣٧٠٠) ، وابن سعد في « الطبقات » (٣/ ٣٣٧ ـ ٣٣٨) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٨/ ٥٧٥ ـ ٥٧٧) في المغازي ، باب : ما جاء في خلافة عمر بن الخطاب .

(٤) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٣٤٤) : وأجمعوا أن الوصية إلىٰ المسلم الحر الثقة العدل جائزة .

(٥) يدل له حديث سعد بن أبي وقاص الآتي رواه البخاري (١٢٩٥) في الجنائز و(٢٧٤٢) ، =

فأمَّا الوصيَّةُ بالنظرِ : فإنَّ مَنْ ثَبتَ لَه الخلافةُ علىٰ الأُمَّةِ . . فلَهُ أَنْ يوصيَ بها إِلىٰ رجلٍ توجدُ فيهِ شروطُ الخلافةِ علىٰ ما يأْتي بيانُهُ إِنْ شاءَ اللهُ في موضعهِ ؛ لمَا ذكرناهُ مِنْ حديثِ أَبي بكرٍ وعمرَ رضيَ اللهُ عنهُما .

وإِنْ ثبتَ لرجلٍ النظرُ في ملكِ[1] وَلدهِ الصغيرِ ، ولا جدَّ للصغيرِ مِنْ أَبيهِ ، ولا أُمَّ لَه . . فللأَبِ أَنْ يوصيَ بالنظرِ في مالهِ إِلىٰ مَنْ يصلحُ لذٰلكَ ، ويكونُ وصيُّ الأَبِ أَولىٰ بالنظرِ في مالِ الصغيرِ مِنَ الحاكمِ ؛ لمَا رويَ : (أَنَّهُ أَوصىٰ إِلىٰ الزبيرِ سبعةٌ مِنْ أَصحاب النبيِّ ﷺ في أَمرِ أَولادِهِم الصغارِ ، منهُم : عثمانُ ، والمِقدادُ ، وعبدُ الرحمٰنِ ، وابْنُ مسعودٍ)[2] .

وإِنْ كانَ للصغيرِ جدٌّ مِنْ أَبيهِ يصلحُ للنظرِ ، فأَوصىٰ الأَبُ إِلىٰ غيرِ الجدِّ . . كانَ الجدُّ أَولىٰ بالنظرِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (وَصيُّ الأَبِ أَولىٰ مِنَ الجدِّ) وبهِ قالَ بعضُ أَصحابِنا الخُراسانيِّينَ ، والجوينيُّ ؛ لأَنَّه لمَّا كانَ الأَبُ أَولىٰ بالنظرِ مِنَ الجدِّ . . كانَ وَصيُّهُ أَولىٰ مِنَ الجدِّ ، كما قُلنا في وصيِّ الأَبِ معَ الحاكمِ .

وهٰذا غلطٌ ؛ لأَنَّها وِلايةٌ يستحقُّها الجدُّ بالقَرابةِ ، فكانَ مقدَّماً علىٰ وصيِّ الأَبِ ، كولايةِ النكاحِ .

وإِنْ لَم يكنْ للصبيِّ جدٌّ ، ولكنْ لَه أُمٌّ تصلحُ للنظرِ في مالهِ ، وأَوصىٰ الأَبُ إِلىٰ غيرِها :

= ومسلم (١٦٢٨) ، وابن أبي شيبه في « المصنف » (٧/ ٣٠٥ ـ ٣٠٦) ، وأبو داود (٢٨٦٤) ، والترمذي (٢١١٧) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٦٢٦) وإلىٰ (٣٦٣٣) ، وابن ماجه (٢٧٠٨) وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٩٤٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٦٨) في الوصايا . قال الترمذي : حسن صحيح ، والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم أنه ليس للرجل أن يوصي بأكثر من الثلث ، وقد استحب بعض أهل العلم أن ينقص من الثلث ؛ لقول رسول الله ﷺ : « والثلث كثير » .

(١) في (م) : (مال) .

(٢) وكذا أورد الخبر ابن قدامة في « المغني » (٦/ ١٤٤) وقال : ستة بدل سبعة وعدَّ معهم مطيع بن الأسود وآخر ، والقلعجي في « موسوعة عثمان بن عفان » (ص/ ٢٨٩ ـ ٢٩٠) .

فإنْ قُلنا بالمذهبِ : وأَنَّ الأُمَّ لا ولايةَ لَها بالنظرِ في مالِ وَلدِها . . كانَ الناظرُ هوَ وَصيُّ الأَبِ .

وإنْ قُلنا بقولِ الإصطخريِّ : وأَنَّ الأُمَّ لَها وِلايةٌ بالنظرِ في مالِ ٱبنها . . فهلْ يقدَّمُ وَصيُّ الأَبِ عليها ؟ ينبغي أَنْ يكونَ علىٰ الوَجهينِ في وَصيِّ الأَبِ معَ الجدِّ .

والصحيحُ : أَنَّ الأُمَّ مقدَّمةٌ علىٰ وصيِّ الأَبِ .

مسأَلةٌ : [الناظر لا يزوج] :

وإنْ أَوصىٰ رجلٌ إِلىٰ رجلٍ بالنظرِ في أَمرِ أَولادِهِ ، ولَهُ بناتٌ . . لَم يكنْ للوصيِّ تزويجُهنَّ بلا خلافٍ .

وإنْ أَوصىٰ إليهِ بالنظرِ في مالِ أَولادِهِ الصغارِ ، وتزويجِ بناتِهِ . . لَم يكنْ للوصيِّ تزويجُهنَّ ، سواءٌ كُنَّ البناتُ صغاراً أَو كباراً ، عيَّنَ له الزوجَ أَو لَم يعيِّنهُ ، بلْ إِنْ كانَ للبناتِ وَليٌّ مناسبٌ . . زوَّجَهنَّ ، وإلاَّ . . فالحاكمُ يزوجُهنَّ . وبهِ قالَ الثوريُّ وأَبو حنيفةَ .

وقالَ أَبو ثورٍ : (الوصيُّ أَولىٰ بتزويجهنَّ مِنَ الوليِّ المناسبِ) .

وقالَ مالكٌ : (إِذا أَوصىٰ إِليهِ في تزويجِ بناتهِ مطلقاً . . كان الوصيُّ أَحقَّ بإِنكاحِهنَّ مِنَ الوليِّ المناسبِ . فإِنْ كُنَّ كباراً . . لَم يزوجْهُنَّ إِلاَّ بإِذنهنَّ . وإِنْ كُنَّ صغاراً . . لَم يزوجْهُنَّ الوصيُّ إِلاَّ إِنْ عيَّنَ لَه الموصي الزوجَ) .

دليلُنا : ما روىٰ عبدُ اللهِ بنُ عمرَ قالَ : زوَّجني خالي قُدامةُ بنُ مظعونٍ ٱبنةَ أَخيهِ عثمانَ بنِ مظعونٍ ، فمضىٰ المغيرةُ بنُ شعبةَ إِلىٰ أُمِّها ، فأَرغبَها في المالِ ، فمالتْ إِليهِ ، فذهبتْ أُمُّها إِلىٰ النبيِّ ﷺ وقالتْ : إِنَّ ٱبنتي تكرهُ ذٰلكَ . فمضىٰ قُدامةُ بنُ مظعونٍ إِلىٰ النبيِّ ﷺ وقالَ : أَنا عَمُّها ووَصيُّ أَبيها ، وقد زوَّجتُها مِنْ عبدِ اللهِ بنِ عمرَ ، وما نَقموا منهُ إِلاَّ أَنَّهُ لا مالَ لَه ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « إِنَّهَا يَتِيمَةٌ ، وَإِنَّهَا لا تُنْكَحُ إِلاَّ بِإِذْنِهَا »[1] .

---

(١) أخرجه عن ابن عمر ابن ماجه مختصراً (١٨٧٨) في النكاح ، وبنحوه عند أحمد في « المسند » (٢/ ١٣٠) . قال البوصيري في « زوائد ابن ماجه » : هٰذا إسناد ضعيف موقوف ، فيه =

فموضعُ الدليلِ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا تُنْكَحُ إلاَّ بِإِذْنِهَا » وقدْ أَخبرَهُ قدامةُ أَنَّه وَصيُّ أَبيها ، ولَم يسألهُ النبيُّ ﷺ هلْ وصَّىٰ إليهِ بإنكاحِها ، أَم لاَ ؟ وهلْ عيَّنَ له الزوجَ ، أَم لاَ ؟ فلَو كانَ الحكمُ يختلفُ بذٰلكَ . . لسأَلَهُ عنهُ . فقيلَ : إنَّ المغيرةَ تزوَّجَها بعدَ ذٰلك .

ولأَنَّ وِلايةَ النكاحِ لَها تُستَحقُّ بالشرعِ ، فلَمْ يَجُزْ نقلُها عنهُ بالوصيَّةِ ، كالوصيَّةِ في أَمرِ الصغيرِ معَ وُجودِ الجدِّ .

فرعٌ : [الوصية بالدَّين والحج والكفارة] :

ومَنْ عليهِ دَينٌ ، أَو زكاةٌ ، أَو حجٌّ ، أَو كفّارةٌ . أَو كانَ في يدِهِ وَديعةٌ ، أَو غصبٌ . . فلَه أَنْ يوصيَ إلىٰ مَنْ يُخرِجُ ذٰلكَ مِنْ تَركَتهِ ؛ لأَنَّه إذا مَلكَ أَنْ يوصيَ بالنظرِ في أَمر غيرهِ . . فلأَنْ يملِكَ ذٰلكَ في خاصَّةِ نفسهِ أَولىٰ .

مسأَلةٌ : [الوصية بالثلث] :

وأَمَّا الوصيَّةُ بالثلثِ : فكلُّ مَنْ ملكَ التصرُّفَ في مالهِ بالبيعِ والهبةِ . . ملكَ الوصيَّةَ بثلثِ مالهِ بما فيهِ قُربةٌ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء : ١٢] .

ورويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « إِنَّ ٱللهَ أَعْطَاكُمْ ثُلثَ أَمْوَالِكُمْ فِيْ آخِرِ آجَالِكُمْ زِيَادَةً فِيْ حَسَنَاتِكُمْ »(١) .

= عبد الله بن نافع مولىٰ ابن عمر متفق علىٰ تضعيفه .

وأخرجه بألفاظ متعددة عنه أيضاً الدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٢٩ و٢٣٠ و٢٣١) وفيه إرسال أو انقطاع .

ومن ألفاظه : « إنها يتيمة ، واليتيمة أولىٰ بأمرها » و : « هي يتيمة ، ولا تنكح إلا بإذنها » .

(١) أخرجه عن معاذ بن جبل الطبراني في « الكبير » (٢٠/ ٥٤) ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ١٥٠) في الوصايا ولفظه : « إن الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم . . » وفي الباب :

عن أبي الدرداء رواه أحمد في « المسند » (٦/ ٤٤٠ ـ ٤٤١) ، والبزار كما في « كشف =

ورويَ عَنْ سعدِ بنِ أَبي وَقّاصٍ : أَنَّه قالَ : مرضتُ بمكَّةَ عامَ الفتحِ مرضاً أَشرفتُ فيهِ علىٰ الموتِ ، فدخلَ عليَّ رسولُ الله ﷺ ، فقلتُ : يا رسولَ الله : إِنَّ ليَ مالاً كثيراً ، وإِنَّما يرثني ٱبنةٌ ليَ ، أَفأَتصدَّقُ بماليَ كلِّه ؟ قالَ : « لا » . قلتُ : أَفأَتصدَّقُ بثلثي مالي ؟ قالَ : « لا » . قلتُ : فبالشَّطْرِ ؟ قالَ : « لا » . قلتُ : فبالثلثِ ؟ قالَ : « الثُلثُ ، وَالثُلثُ كَثِيرٌ ـ ورويَ « كبيرٌ » ـ إِنَّكَ أَنْ تَترُكْ وَرَثتَكَ أَغْنِيَاءَ . . خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرُكَهُمْ عَالَةً يَتكَفَّفُونَ ٱلنَّاسَ » فلَمْ يَنهَهُ عَنِ الثلثِ ، وإِنَّما قالَ : هُوَ كَثِيرٌ . فدلَّ علىٰ جوازِ التصدُّقِ بهِ .

و(العالَةُ) : الفقراء .

قالَ اللهُ تعالىٰ : ﴿ وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغْنَىٰ ﴾ [الضحىٰ : ٨] .

وقولُه : (يتكفَّفونَ الناسَ) معناهُ : يَسأَلونَ بأَكفِّهمُ النَّاسَ .

فإِنْ كانَ وَرثتُهُ فقراءَ . . **فالمستحبُّ له** أَنْ لا يوصيَ بجميعِ الثلثِ ؛ لِقولهِ عليهِ الصلاةُ والسلامُ : « إِنَّكَ أَنْ تَترُكَ وَرثتَكَ أَغْنِيَاءَ . . خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرُكَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُوْنَ ٱلنَّاسَ »(١) .

= الأستار » (١٨٣٢) مختصراً . قال الهيثمي في « المجمع » (٤/ ٢١٥) : وفيه أبو بكر بن أبي مريم وقد اختلط .

وعن أبي هريرة رواه ابن ماجه (٢٧٠٩) ، والطحاوي (٢/ ٤١٩) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٦٩) في الوصايا ولفظه : « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم . . . » وفيه طلحة بن عمرو الحضرمي ضعفه غير واحد .

وعن أبي بكر أخرجه ابن عدي ، والعقيلي في كتابيهما عن حفص بن عمر بن ميمون : متروك كما في « تلخيص الحبير » وعن خالد بن عبيد السلمي وهو مختلف في صحته رواه الطبراني ولفظه : « إن الله أعطاكم عند وفاتكم » وفيه ابن الحارث مجهول كما في « تلخيص الحبير » . (٣/ ١٠٥) . وكل طرقه ضعيفة لكن يقوي بعضها بعضاً .

وجاء في (م) : (حياتكم) .

(١) بفتح همزة (أن) وهو مبتدأ ، وخبره (خيرٌ) أي : تركك ورثتك أغنياء خيرٌ . وروي بكسر (إن) فهو شرط ، وجوابه محذوف تقديره : فهو خير .

يتكففون الناس : يأتونهم من كففهم : جوانبهم وأطرافهم مأخوذ من كُفة القميص وهو طرفه وحاشيته ، أو يسألونهم وهم ما دون أكفهم ، أو يسألون مما في أكفِّ الناس . أو يطلبون كفّاً=

وإنْ كانوا أغنياءَ : آستُحِبَ لَه أَن يوصيَ بجميعِ الثلثِ ؛ لأنَّه لمَّا كرهَ لَه آستيفاءَ الثلثِ إذا كانوا فقراءَ . . دَلَّ علىٰ أنَّه يُستحبُّ لَه أَنْ يَستوفيَ الثلثَ إذا كانوا أغنياءَ .

والمستحبُّ لمَنْ رأَىٰ المريضَ يَجْنَفُ[1] في الوصيَّةِ أَنْ ينهاهُ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا۟ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَٰفًا خَافُوا۟ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا ﴾[2] [النساء : ٩] .

قالَ أَهلُ التفسيرِ : المرادُ بذٰلكَ الحاضرونَ عندَ الموصي .

والمستحبُّ لمَنْ أَرادَ التصدُّقَ : أَنْ يفعلَ ذٰلكَ في صحَّتهِ ؛ لمَا روىٰ أَبو هريرةَ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ أَفضلِ الصدقةِ ، فقالَ : « أَنْ تَتَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيْحٌ شَحِيْحٌ تَخْشَىٰ ٱلْفَقْرَ وَتَأْمَلُ ٱلْغِنَىٰ ، وَلا تمهلْ حتَّىٰ إذا بَلَغَتِ ٱلْحُلْقُوْمَ . قُلْتَ : لِفُلاَنٍ كَذَا ولِفُلانٍ كَذا وَقَدْ كَانَ لِفُلانٍ »[3] .

وإنِ آختارَ الوَصيَّةَ . . **فالمستحبُّ** لَه أَنْ يقدِّمها ؛ لِما روىٰ آبنُ عمرَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَا حَقُّ اِمرِىءٍ مُسْلِمٍ عِنْدَهُ شَيءٌ يُوْصِيْ فِيْهِ يبيتُ لَيْلَتَيْنِ إلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوْبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ » .

قالَ الشافعيُّ : (معناهُ : ما الحزمُ ، وما الأَحوطُ ، أَو ما الاحتياطُ لَه ، إلاَّ هٰذا) .

وقالَ غيرُهُ : هٰذا في الرجلِ عندَهُ أَماناتٌ للناسِ ، أَو عليهِ ديونٌ لَهم ، فتلزمُهُ الوصيَّةُ بذٰلكَ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فالناسُ الموصىٰ لَهم علىٰ ثلاثةِ أَضرُبٍ :

= من طعام أو ما يكفون به جوعهم . يقال : تكفف السائل واستكف : إذا بسط كفه للسؤال .

(١) **الجَنَف** : الميلُ قال تعالىٰ : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾ [البقرة : ١٨٢] وقال الشاعر :

هـمُ ٱلمـولـىٰ وإن جنفـوا علينـا ... وإنَّـا مـن لقـائهـمُ لـزورُ

(٢) **السداد** : ضد الفساد ، أي قولاً قصداً مستقيماً لا ميل فيه .

(٣) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (١٤١٩) في الزكاة و(٢٧٤٨) في الوصايا ، ومسلم (١٠٣٢) في الزكاة ، وأبو داود (٢٨٦٥) في الوصايا ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٢٥٤٢) في الزكاة و(٣٦١١) ، وابن ماجه مطولاً (٢٧٠٦) في الوصايا .

[إحداها] : ضربٌ تجوزُ لَهمُ الوصيَّةُ ولا تجبُ ، **بلا خلافٍ بينَ أَهلِ العلمِ** ، وهوَ : مَنْ كانَ أَجنبيّاً مِنَ الموصي ؛ لأَنَّ البراءَ بنَ معرورٍ أَوصىٰ للنبيِّ ﷺ بثلثِ مالِهِ فقبلَها منهُ ، ولا قرابةَ بينهُما ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ قرشيٌّ والبراءَ أَنصاريٌّ .

والضربُ الثاني : تجوزُ لَهمُ الوصيَّةُ ولا تجبُ **عندنا** ، وهمْ مَنْ لا يرثُ الموصي وبينَهُما قرابةٌ ، كالعمَّاتِ والخالاتِ ، وسائرِ ذوي الأَرحامِ . أَو كانَ ممَّنْ يرثُهُ إِلاَّ أَنَّ هناكَ مَنْ يَحجبُهُ .

وقالَ الضَّحّاكُ ، والزهريُّ ، وأَبو مجْلَزٍ ، وداودُ ، وٱبنُ جريرٍ : (تجبُ لَهمُ الوصيَّةُ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة : ١٨٠] .) .

ودليلُنا : قولُه تعالىٰ : ﴿ وَأُو۟لُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُهَٰجِرِينَ إِلَّآ أَن تَفْعَلُوٓا۟ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا ﴾ [الأحزاب : ٦] .

وفُسِّرَ ذٰلكَ بالوصيَّةِ ، فجُعلَ ذٰلكَ إِليهم .

ولقولهِ ﷺ : « مَا حَقُّ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيءٌ يُرِيْدُ أَنْ يُوْصِيَ بِهِ يَبِيْتُ لَيْلَتَيْنِ إِلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوْبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ » فعلَّقَ الوصيَّةَ علىٰ الإِرادةِ .

ولقولهِ ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ . . خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرُكَهُمْ عَالَةً » . وهٰذا يدلُّ علىٰ أَنَّها لا تجبُ ؛ لأَنَّ تركَ الوارثِ غنيّاً لا يكونُ خيراً مِنَ الواجبِ .

ورويَ : (أَنَّ عليّاً رضيَ اللهُ عنهُ دخلَ علىٰ [رجلٍ من بني] هاشمٍ ، فقالَ لَه : ليَ ثمان مئةِ درهمٍ ، أَفأُوصي ؟ قالَ : لا)[١] .

ورويَ : (أَنَّ ٱبنَ عبّاسٍ دخلَ علىٰ مريضٍ ، فقالَ : ليَ سبعُ مئةِ درهمٍ ، أَفأُوصي ؟ قالَ : لاَ ، إِنَّكَ لا تتركُ خيراً)[٢] . والخبرُ عندَهُ ثماني مئةِ درهمٍ . وقيلَ : أَلفٌ .

---

(١) أخرج خبر علي المرتضىٰ عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٣٥٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٧٠) من طريقين في الوصايا . ولكن ليس فيهما ذكر لـ : (ثمان مئة درهم) .

(٢) أخرج خبر ابن عباس من طريق طاووس عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٣٥٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٧٠) في الوصايا ، وليس عند عبد الرزاق ذكر (السبع مئة) ، وجاء=

وكذٰلكَ رويَ عَنِ ٱبنِ عمرَ وعائشةَ[١] . وأَمَّا الآيةُ : فمنسوخةٌ بآيةِ المواريثِ[٢] .

والضربُ الثالثُ : إذا أَوصىٰ رجلٌ لوارثهِ[٣] :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فلا تصحُّ الوصيَّةُ لَه ، قولاً واحداً ؛ لمَا روىٰ أَبو أُمامةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « إِنَّ ٱللهَ قَدْ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ »[٤] .

وروىٰ ٱبنُ عبّاسٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا تجوزُ ٱلْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ ٱلْوَرَثَةُ »[٥] فإِنْ أَجازَ سائرُ الورثةِ الوصيَّةَ ، فهلْ تكونُ إِجازتُهم لَها تنفيذاً لما فعلَهُ الموصي ، أَو ٱبتداءَ عطيَّةٍ ؟ منهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : إِنَّه ٱبتداءُ عطيَّةٍ منهم ؛ لحديثِ أَبي أُمامةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » ولأَنَّها عطيَّةٌ لا تلزمُ في حقِّ الوارثِ ، فكانتِ ٱبتداءَ عطيَّةٍ منهُ ، كما لَو وهبَهُ الوارثُ شيئاً مِنْ مالِ نَفْسهِ .

= عند عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٣٥١) : عن عروة قال : دخل علي علىٰ مولىً لهم في الموت فقال : يا علي ألا أوصي ، فقال علي : إنما قال الله تبارك وتعالىٰ : ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا﴾ وليس لك كثير مال ، قال : وكان له سبع مئة درهم .

(١) أخرج خبر عائشة الصديقة عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٣٥٤) و(١٦٣٥٥) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٧٠) في الوصايا وفيه : (ما في هٰذا فضل عن ولده) و : (إن ذٰلك لقليل) و : (إن هٰذا لشيء يسير فاتركه لعيالك) .

(٢) **النسخ ـ لغة ـ** : إزالة الحكم ، ولا تجب الوصية إلا علىٰ من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب في ذمته ؛ لأنه تعالىٰ أوجب أداء الأمانات إلىٰ أهلها .

(٣) لما أخرج عن عمرو بن خارجة النسائي في « الصغرىٰ » (٣٦٤١) ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ١٥٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٦٤) في الوصايا ، بلفظ : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » .

(٤) أخرجه عن أبي أمامة أبو داود (٢٨٧٠) في الوصايا و(٣٥٦٥) في البيوع ، والترمذي (٢١٢١) مطولاً ، وابن ماجه (٢٧١٣) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٩٤٩) في الوصايا .

قال الترمذي : هٰذا حديث حسن صحيح ، وفي الباب :

عن أنس رواه ابن ماجه (٢٧١٤) قال في « الزوائد » : إسناده صحيح .

(٥) أخرجه عن ابن عباس من طريقين الدارقطني في « السنن » (٤/ ٩٧ و٩٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٦٣ و٢٦٤) في الوصايا . وقال : عطاء الخراساني غير قوي .

والثاني : إِنَّه تنفيذٌ لمَا فعلَه الموصي . وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لحديثِ ٱبنِ عبّاسٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا تَجُوزُ ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ ٱلْوَرَثَةُ » فدلَّ علىٰ أَنَّهم إِذا شاؤُوا . . جازتِ الوصيَّةُ .

وقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : هلْ تصحُّ الوصيَّةُ للوارثِ ؟ علىٰ قولينِ ، وَوجهُهما ما ذكرناهُ .

فإِذا قُلنا : تصحُّ الوصيَّةُ لَه ، فلأَيِّ معنىً صحَّتْ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤١٠] :

أَحَدُهُما : صحَّتْ ؛ لأَنَّه أَلحقَهُ بالأَجنبيِّ .

والثاني : لأَنَّه قصدَ تفضيلَه . وتأْتي فائدتُهما فيما بعدُ .

مسأَلَةٌ : [الوصية بأكثر من الثلث] :

وإِذا أَوصىٰ بما زادَ علىٰ ثلثِ مالهِ : فإِنْ لَم يكنْ لَه وَارثٌ متعيَّنٌ[1] . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ بما زادَ علىٰ الثلثِ . وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَهلُ المدينةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تصحُّ) .

دليلُنا : قولُه ﷺ : « إِنَّ ٱللهَ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ » ولَم يفرِّقْ ، ولأَنَّ ما زادَ علىٰ الثلثِ موقوفٌ علىٰ إِجازةِ الورثةِ ، ولا وارثَ لَه غيرُ المسلمينَ ، وهُم غيرُ معيَّنينَ ، ولا تتأَتَّىٰ الإِجازةُ منهُم .

وإِنْ كانَ لَه وَارثٌ متعيَّنٌ . . فالحكمُ فيهِ كالحكمِ فيمَنْ أَوصىٰ لوارثِه .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : لا تصحُّ الوصيَّةُ بما زادَ علىٰ الثلثِ ، قولاً وَاحداً .

فإِنْ أَجازهُ الورثةُ . . فهلْ يكونُ ذٰلكَ تنفيذاً لمَا فعلَه[2] الموصي ، أَوِ ٱبتداءَ عطيَّةٍ مِنَ الورثةِ ؟ علىٰ قولينِ .

---

(١) في (م) : (معين) في الموضعين .
(٢) في (م) : (وصية لوارث من) .

وقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : هلْ تصحُّ الوصيَّةُ بما زادَ علىٰ الثلثِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا تصحُّ[١] ؛ لـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ سعداً عنِ الوصيَّةِ بما زادَ علىٰ الثلثِ) والنهيُ يقتضي فسادَ المنهيِّ عنهُ .

والثاني : تصحُّ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ صادفتْ مِلكَهُ ، وإِنَّما يتعلَّقُ بها حقُّ الوارثِ فيما بعدُ ، وذٰلكَ لا يمنعُ صحَّةَ تصرُّفهِ ، كما لَوِ ٱشترىٰ رجلٌ شِقْصاً فيهِ شفعةٌ ، فباعَ الشِّقْصَ قبلَ أَنْ يأْخذَهُ الشفيعُ .

فإِنْ قُلنا : إِنَّ إِجازةَ الورثةِ في الوصيَّةِ للوارثِ فيما زادَ علىٰ الثلثِ تنفيذٌ لمَا فعلَه الموصي . . كفاهُم لفظُ الإِجازةِ ، ولا يحتاجُ الموصىٰ لَه إِلىٰ قبولِ الإِجازةِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّ إِجازةَ الورثةِ ٱبتداءُ عطيَّةٍ منهُم . . ففيهِ وجهانِ :

[إِحداهُما] : قالَ الشيخانِ ـ أَبو حامدٍ وأَبو إِسحاقَ ـ : لا يصحُّ ذٰلكَ إِلاَّ بما تصحُّ بهِ الهبةِ مِنَ الإِيجابِ والقَبولِ ، والإِذنِ بالقبضِ ، والقبضِ .

و**[الثاني]** : قالَ القفّالُ ، والمسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤١٠] ، وٱبنُ الصبّاغ : يكفيه لفظُ الإِجازةِ علىٰ القولينِ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ قالَ في جميعِ كُتبهِ : (إِذا أَجازَ الورثةُ ذٰلكَ . . كانَتْ عطيَّةً) ولأَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إِلاَّ أَنْ يُجِيْزَ ٱلْوَرَثَةُ » فعلَّقَها علىٰ الإِجازةِ ، فدلَّ علىٰ أَنَّهم إِذا أَجازوها بلفظِ الإِجازةِ . . صحَّ .

وإِنْ أَعتقَ المريضُ عبداً لا مالَ لَه غيرُهُ . . عتقَ ثلثُهُ عليهِ ، وثبتَ ولاؤُهُ لَه .

وأَمَّا ثلثاهُ : فإِنْ لَم يُجزِ الورثةُ العتقَ . . رُقَّ . وإِنْ أَجازوهُ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّ الإِجازةَ تنفيذٌ لمَا فعلَه الميِّتُ . . كفاهُم لفظُ الإِجازةِ ، وكانَ ولاءُ جميعِ العبدِ للمريضِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّ الإِجازةَ ٱبتداءُ عطيَّةٍ منهُم . . فهلْ تفتقرُ إِلىٰ لفظِ العتقِ ، أَو يكفي فيهِ لفظُ الإِجازةِ ؟ علىٰ وجهينِ .

---

(١) في حاشية نسخة : (هٰذا القول قول أبي الطيب والروياني وغيرهما إنه الصحيح .
وقال البندنيجي : إنه المنصوص عليه في عامة كتبه ، وفي عامة أبواب « الأم » . من « شرح التنبيه » لابن الرفعة) .

وهلْ يكونُ وَلاءُ ما زادَ علىٰ الثلثِ للمريضِ ، ولوارثهِ إذا قُلنا : لا يعتقُ إلاَّ بإعتاقِ الوارثِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : أَنَّ وَلاءَهُ للوارثِ ؛ لأَنَّه باشرَ عتقَهُ .

والثاني : أَنَّهُ للموصِي . وهوَ قولُ ٱبنِ اللَّبّانِ ؛ لأَنَّ الوارثَ وإِنْ باشرَ عتقَهُ إلاَّ أَنَّهُ أَعتقَهُ عَنِ الميِّتِ بإِذنهِ ، ومَنْ أَعتقَ عَنْ غيرهِ عبدَهُ بإِذنهِ . . فإِنَّ وَلاءَهُ للمعتَقِ عنهُ .

فرعٌ : [إجازة الورثة الوصية بعد الموت] :

وإذا ماتَ الموصي فأَجازَ وَرثتُهُ وصيَّتَهُ فيما زادَ علىٰ الثلثِ ، أَو أَجازوا وصيَّتَهُ لوارثهِ . . صحَّتِ الإِجازةُ .

وإِنْ أَجازوا ذٰلكَ قبلَ موتِ الموصي . . لَم تصحَّ الإِجازةُ ، سواءٌ أَجازوا ذٰلكَ في صحَّةِ الموصي ، أَو في مرضِ موتهِ . وبهِ قالَ ٱبنُ مسعودٍ ، وشريحٌ ، وطاووسٌ ، والثوريُّ ، وأَبو حنيفةَ ، وأَصحابُه ، وأَحمدُ .

وقالَ الحسنُ ، وعطاءٌ ، والزهريُّ ، وربيعةُ : تصحُّ الإِجازةُ .

وقالَ مالكٌ ، والأَوزاعيُّ ، وٱبنُ أَبي ليلىٰ : (إِنْ أَجازوا ذٰلكَ في صحَّةِ الموصي . . لَم تصحَّ . وإِنْ أَجازوا ذٰلكَ في مرضِ موتهِ . . صحَّتْ إجازتُهم) .

دليلُنا : أَنَّه لا حقَّ للوارثِ قبلَ موتِ الموصي ، فلَم تصحَّ إِجازتُهُ ، كما لَو عفا الشفيعُ عَنِ الشُّفعةِ قبلَ البيعِ .

فرعٌ : [اختلفا بعد إجازة الوصية لكثرتها] :

وإِنْ أَوصىٰ لرجلٍ بثلثي مالهِ ، وماتَ الموصي ، فأَجازَ الوارثُ الوصيَّةَ ، ثمَّ قالَ : أَجزتُهُ لأَنَّني ظننتُ أَنَّ الذي أَجزتُهُ يسيرٌ وقدْ بانَ لي أَنَّه كثيرٌ :

فإِنْ كانَ معَ الموصىٰ لَه بيِّنةٌ أَنَّ الوارثَ يعلمُ قَدْرَ ما أَجازَهُ . . لزمتْهُ الإِجازةُ في الجميعِ .

وإِنْ لَم يكنْ معَهُ بيِّنةٌ . . لزمَ الوارثَ الإِجازةُ في قَدْرِ ما علمَهُ مِنَ المالِ ، والقولُ

قولُهُ معَ يمينهِ فيما لَم يعلمْهُ ؛ لأَنَّ الإجازةَ كالإسقاطِ في أَحدِ القولينِ ، وكالهبةِ في الآخرِ . والجميعُ لا يصحُّ معَ الجهالةِ[1] بهِ .

وإنْ أَوصىٰ لرجلٍ بعبدٍ ، وقيمتُهُ أَكثرُ مِنْ ثلثِ المالِ ، وأَجازَهُ الوارثُ ، ثمَّ قالَ : ظننتُ أَنَّ الزيادةَ علىٰ الثلثِ يسيرةٌ فأَجزتُهُ ، وقدْ بانَ أَنَّه كثيرٌ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّها كالمسأَلةِ قبْلَها .

والثاني : يلزمُ الوارثَ الإجازةُ في العبدِ ، ولا يُقبَلُ قولُهُ أَنَّه لا يعلمُ قَدْرَ ما أَجازَهُ ؛ لأَنَّ الموصىٰ بهِ هاهُنا شيءٌ بعينهِ ، وقدْ أَجازَهُ ، فلَم يُقبلْ قولُهُ ، وفي التي قَبْلَها : الوصيَّةُ في جُزءٍ مُشاعٍ ، فقُبِلَ قولُهُ .

فرعٌ : [الوصية للوارث بقدر الإرث] :

وإنْ أَوصىٰ لأَحدِ وَرثتِهِ بما كانَ نصيبُهُ مِنْ جهةِ الميراثِ بالقيمةِ إلاَّ أَنَّه عيَّنَ لَه عيناً ، مثلِ أَنْ يموتَ رجلٌ وخلَّفَ ٱبناً وٱبنةً ، وخلَّفَ داراً بأَلفٍ ، وأَوصىٰ بها للابنِ ، وعبداً بخمسِ مئةٍ ، وأَوصىٰ بهِ للابنةِ . . فهلْ تصحُّ الوصيَّةُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤٣٦] :

أَحدُهما : تصحُّ ، ولا تفتقرُ إلىٰ إجازةٍ ؛ لأَنَّ حقوقَ الورثةِ في المقاديرِ لا في الأَعيانِ ، فهوَ كما لَو باعَ الدارَ مِنِ ٱبنه بأَلفٍ ، وباعَ العبدَ مِنِ ٱبنتهِ بخمسِ مئةٍ في مرضِ موتهِ .

والثاني : لا تصحُّ الوصيَّةُ لَهما مِنْ غيرِ إجازةٍ ؛ لأَنَّ الوارثَ قدْ يكونُ لَه غرضٌ في مِلكِ العينِ ، فلا يجوزُ للموصي إبطالُ ذٰلكَ عليهِ .

فرعٌ : [وقت اعتبار قيمة الثلث] :

وفي الوقتِ الذي يُعتبرُ بهِ المالُ لإخراجِ الثلثِ وَجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الاعتبارَ بهِ وَقتُ الوصيَّةِ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ عقدٌ علىٰ المالِ ، فكانَ الاعتبارُ بقَدْرِ المالِ وَقتَ العقدِ ، كالبيعِ والنذرِ .

---

(١) في (م) : (الجهل) .

فعلىٰ هٰذا : إذا أَوصىٰ لَه بثلثِ مالهِ ، ولا مالَ لَه وَقتَ الوصيَّةِ . . لَم تصحَّ له الوصيَّةُ ، وإنِ ٱستفادَ مالاً بعدَ ذٰلكَ . . لَم تتعلَّقْ بهِ الوصيَّةُ الأُولىٰ .

وإنْ كانَ ثلثُهُ عندَ الوصيَّةِ أَلفاً ، فصارَ عندَ الوفاةِ أَلفينِ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ إلاَّ بالثلثِ ، وهوَ عندَ الوصيَّةِ أَلفٌ[١] .

وإنْ كانَ لَه مالٌ عندَ الوصيَّةِ ، فهلَكَ ذٰلكَ المالُ وٱستفادَ مالاً آخرَ . . لمْ تتعلَّقْ بهِ الوصيَّةُ الأُولىٰ .

والوجهُ الثاني ـ وهوَ المذهبُ ، وهوَ قولُ أَهلِ العراقِ ، قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وأَظنُّهُ إجماعاً ـ : أَنَّ الاعتبارَ بالمالِ وَقتَ موتِ الموصي ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ وَعدٌ في حياةِ الموصي لا حُكمَ لَها ، وإنَّما تجبُ ويَصيرُ لَها حكمٌ بوفاتِهِ ، فٱعتُبرَ المالُ وَقتَ وُجوبِها ، ولأنَّه لا خلافَ أَنَّه لَو وَصَّىٰ بثلثِ مالهِ ، ولَه مالٌ فباعَهُ ، فإنَّ الوصيَّةَ تتعلَّقُ بالثَّمَنِ ، فلَو كانَ الاعتبارُ بالمالِ وَقتَ الوصيَّةِ . . لَبطَلَتْ هاهُنا .

فعلىٰ هٰذا : إذا وَصَّىٰ بثلثِ مالهِ وكانَ لَه أَلفٌ ، فصارَ عندَ الوفاةِ أَلفينِ ، أَو كانَ لَه مالٌ وَقتَ الوصيَّةِ فهلَكَ وٱستفادَ غيرَهُ . . تعلَّقتِ الوصيَّةُ بجميعِ مالهِ الموجودِ عندَ موتهِ .

وإنْ وَصَّىٰ لرجلٍ بثلثِ مالهِ ، ولا مالَ لَه . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تصحُّ الوصيَّةُ ، فإنِ ٱستفادَ مالاً بعدَ ذٰلكَ . . تعلَّقتْ بهِ الوصيَّةُ الأُولىٰ ؛ لمَا ذكرناهُ .

والثاني ـ حكاهُ ٱبنُ اللَّبَّانِ ـ : لا تصحُّ الوصيَّةُ حتَّىٰ يكونَ لَه مالٌ وإنْ قَلَّ[٢] ؛ لتتوجَّهَ إليهِ الوصيَّةُ . وهٰذا ليسَ بشيءٍ .

مسأَلةٌ : [وصية الصغير والسفيه بقُربة] :

وهلْ تصحُّ وَصيَّةُ الصبيِّ المميِّزِ ، والمحجورِ عليهِ للسَّفَهِ ، بما فيهِ قربةٌ ؟ فيهِ قولانِ :

---

(١) في (م) : (إلا بثلث الألف) .
(٢) في حاشية نسخة : (هٰذا وجه ذكره في « التنبيه » ولم يذكره في « المهذب ») .

أَحدُهما : لا تصحُّ ؛ لأنَّه لا يصحُّ تصرُّفهُ في مالهِ بالبيعِ والهبةِ ، فلَم تصحَّ وَصيَّتُهُ كغيرِ المميِّزِ .

والثاني : تصحُّ ؛ لأنَّه إنَّما مُنِعَ مِنْ بيعِ مالِهِ وهبتِهِ خوفاً مِنْ إضاعتِهِ ، وبالوصيَّةِ لا يضيعُ مالُه ؛ لأنَّهُ إنْ عاشَ . . فالمالُ باقٍ علىٰ ملكهِ ، وإنْ ماتَ . . فلَه حاجةٌ إلىٰ الثوابِ ، والثوابُ يحصلُ لَه بالوصيَّةِ .

مسأَلةٌ : [فساد الوصية بما فيه معصية] :

ولا تصحُّ الوصيَّةُ بما لا قُربةَ فيهِ ، كالوصيَّةِ لِمَنْ يَرتدُّ عَنِ الدِّينِ ، ويَقطعُ الطريقَ . وكالوصيَّةِ للكنائِسِ ، والبِيَعِ[1] ، والوصيَّةِ بالسلاحِ لأَهلِ الحربِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ إعانةٌ علىٰ المعصيةِ ، والوصيَّةُ إنَّما جُعلَتْ لاكتسابِ الحسناتِ .

وإنْ وَصّىٰ للحربيِّ بغيرِ السلاحِ . . فهلْ تصحُّ وَصيَّتهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تصحُّ . وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ ؛ لأنَّا مأمورونَ بقتلِهِ ، فلا معنىٰ للوصيَّةِ لَهُ .

والثاني : تصحُّ . **وهوَ المذهبُ** ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ [النساء : ١١] ولَم يُفرِّقْ ، ولأَنَّ مَنْ صحَّ تملُّكُهُ بالبيعِ . . صحَّتِ الوصيَّةُ لَه ، كالمسلِمِ .

وتصحُّ الوصيَّةُ للذمِّيِّ ؛ لـ : (أَنَّ صفيَّةَ زوجَ النبيِّ ﷺ وَصَّتْ لأَخيها بثلثِها ، ثلاثينَ أَلفاً ، وكانَ ذِمِّيّاً يهوديّاً)[2] .

---

(١) في حاشية نسخة : (الكنائس لليهود ، والبيع للنصارىٰ ، أو بالعكس ؟ فيه قولان لأهل اللغة ، ويأتي الكلام عليهما في (اللعان) و(الجزية) والمشهور الأول ، قطع به في « المهذب ») .

(٢) أخرجه عن يحيىٰ بن سعيد بلاغاً ، وعن نافع ، وعن عطاء ابن أبي شيبه في « المصنف » (٧/ ٢٨٧) في الوصايا ، باب (١٢) : في الوصية لليهودي والنصراني ومن رآها جائزة . وعن عكرمة ، وأم علقمة مولاة عائشة وابن عمر البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ٢٨١) في الوصايا .

فرعٌ : [وصىٰ ببيع فيه محاباة] :

وإنْ وَصَّىٰ ببيعِ عينٍ مِنْ رجلٍ بمحاباةٍ. . صحَّتِ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ نفعاً للموصىٰ لَه .

وإنْ وَصَّىٰ أَنْ تباعَ إليهِ مِنْ غيرِ محاباةٍ. . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تصحُّ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّهُ لا منفعةَ للموصىٰ لَه في البيعِ إليهِ مِنْ غيرِ محاباةٍ .

والثاني : تَصحُّ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّه قصدَ تخصيصَهُ بِملكِ المبيعِ .

مسأَلةٌ : [الوصية للقاتل] :

وإنْ وَصَّىٰ لقاتِلهِ. . فهلَ تصحُّ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا تصحُّ[1] . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لمَا روىٰ ٱبنُ عمرَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا يُقَادُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ ، وَلَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ »[2] .

وهٰذا عامٌّ ، ولأَنَّه مالٌ مستحَقٌّ بالموتِ ، فلَم يستحقَّهُ القاتلُ ، كالميراثِ . وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الدَّينِ الثابتِ لَه عليهِ .

---

(١) لما أخرجه عن علي المرتضىٰ الدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٣٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ٢٨١) في الوصايا ، بلفظ : « ليس لقاتل وصية » لكن فيه مبشر بن عُبيد متروك الحديث .

(٢) أخرجه عن عمر أمير المؤمنين الحاكم في « المستدرك » (٢/ ٢١٦) وتعقبه الذهبي بقوله : قلت : بل عمر بن عيسىٰ منكر الحديث ، وفي (٢/ ٣٦٨) وصححه ووافقه الذهبي وفيه عمر بن عيسىٰ . ورواه عنه أيضاً البيهقي في « المعرفة » و« السنن الكبرىٰ »(٨/ ٣٨) بلفظ : لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يقاد الأب من ابنه » لقتلتك ، هلم ديته ، فأتاه بها فدفعها إلىٰ ورثته . قال ابن الملقن في « تحفة المحتاج » (١٥٤٧) : إسناده صحيح ، وأقره صاحب « الإلمام » (١٢٢٤) علىٰ ذٰلك .

والثاني : تصحُّ الوصيَّةُ . وبهِ قالَ مالكٌ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء : ١٢] ولَم يفرِّقْ[١] ، ولأنَّه تمليكٌ يَفتقرُ إلىٰ القبولِ ، فلَم يمنعِ القتلُ منهُ ، كالبيعِ . وفيهِ احترازٌ مِنَ الميراثِ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : واختلفَ أَصحابُنا في موضعِ القولينِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : القولانِ إذا وَصَّىٰ رجلٌ لرجلٍ ، ثمَّ قتلَ الموصىٰ لَه الموصيَ .

فأمَّا إذا جرحَ رجلٌ رجلاً ، ثمَّ أَوصىٰ المجروحُ للجارحِ ، ثمَّ ماتَ المجروحُ . . فيصحُّ قولاً واحداً .

ومنهُم مَنْ قالَ : القولانِ في الحالينِ ، وهوَ قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ ، **وهوَ المشهورُ** .

فرعٌ : [قتل أمِّ ولد مولاها] :

وإنْ قَتلتْ أُمُّ وَلدٍ مولاَها . . عُتِقَتْ بموتِهِ ؛ لأَنَّ عتقَها ليسَ بوصيَّةٍ .

وإنْ قتلَ المدبَّرُ مولاهُ :

فإنْ قُلنا : إنَّ التدبيرَ عتقٌ بصفةٍ . . عَتَقَ المدبَّرُ .

وإنْ قُلنا : إنَّه وصيَّةٌ . . كانَ في عتقِهِ القولانِ في الوصيَّةِ للقاتلِ .

وإنْ كانَ لرجلٍ علىٰ آخَرَ دينٌ مؤجَّلٌ ، فقتلَ مَنْ لَه الدَّينُ مَنْ عليهِ الدَّينُ قبلَ حلولِهِ . . حَلَّ الدَّينُ ؛ لأَنَّ حلولَهُ حظٌّ لمَنْ عليهِ الدَّينُ ؛ لإبراءِ ذمَّتهِ .

مسأَلَةٌ : [الوصية ممن يملك] :

ولا تصحُّ الوصيَّةُ لمَنْ لا يملِكُ ، فإنْ وَصَّىٰ لميِّتٍ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ ، سواءٌ ظنَّهُ حيّاً ، أَو علِمَهُ ميّتاً . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

---

(١) في حاشية نسخة : (لقوله ﷺ : « لا وصية لوارث » فإنه يدلُّ علىٰ أن الوصية للأجنبي صحيحه سواء كان قاتلاً أو غيره . من « شرح التنبيه » لابن الرفعة) .

وقالَ مالكٌ : (إنَّ ظنَّهُ حياً فبانَ أنَّه ميِّتٌ . . بَطلتِ الوصيَّةُ . وإنْ علِمَهُ ميِّتاً . . صحَّتِ الوصيَّةُ ، وتكونُ لوارثِهِ) .

دليلُنا : أنَّه تمليكٌ ، فلَم تصحَّ للميِّتِ ، كالهبةِ ، ولأنَّها وصيَّةٌ لميِّتٍ ، فلَم تصحَّ ، كما لو ظنَّهُ حياً .

فرعٌ : [الوصية لحمل امرأة] :

وإنْ وَصَّىٰ لحَملِ امرأةٍ وكانَ موجوداً حالَ الوصيَّةِ . . صحَّتْ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ أَوسعُ مِنَ الميراثِ ، بدليلِ : أَنَّ كلَّ مَنْ ورِثَ المالَ صحَّتِ الوصيَّةُ لَه ، وقدْ تصحُّ الوصيَّةُ لمَنْ لا يرثُ ، وهوَ العبدُ . والحَملُ ممَّنْ يرثُ ، فصحَّتْ لَه الوصيَّةُ ، ولأَنَّ أَكثرَ ما في الحَمْلِ الغَررُ والجهالةُ بهِ ، وذٰلكَ لا يؤثِّرُ في الوصيَّةِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ خرجَ الحَمْلُ ميِّتاً . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّا لا نتيقَّنُ حياتَهُ عندَ الوصيَّةِ .

وإنْ خرجَ حيّاً : فإنْ وَضعتْهُ لِدُونِ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ حينِ الوصيَّةِ . . صحَّتِ الوصيّةُ ، سواءٌ كانتْ فِراشاً لزوجٍ أَو لسيِّدٍ ، أَو لَم تكنْ فِراشاً ؛ لأَنَّا نتيقَّنُ وُجودَهُ حينَ الوصيَّةِ .

وإنْ وَضعتْهُ لأَكثرَ مِنْ أَربعِ سنينَ مِنْ حينِ الوصيَّةِ . . لَم تصحَّ الوصيّةُ ، سواءٌ كانتْ فِراشاً أَو لَم تكنْ ؛ لأَنَّا لا نتيقَّنُ وجودَهُ عندَ الوصيَّةِ .

وإنْ وَضعتْهُ لستَّةِ أَشهرٍ فما زادَ إلىٰ أَربعِ سنينَ مِنْ حينِ الوصيَّةِ : فإنْ كانتْ فِراشاً لزوجٍ أَو سيِّدٍ أَقرَّ بوطئِها . . لَم تصحَّ له الوصيَّةُ ؛ لأَنَّا لا نتيقَّنُ وجودَهُ عندَ الوصيَّةِ ، بلْ يجوزُ حدوثُهُ بعدَ الوصيَّةِ .

وإنْ كانتْ غيرَ فراشٍ . . فنقلَ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : أَنَّ الوصيَّةَ تصحُّ لَه ؛ لأَنَّا نحكمُ بوجودِهِ حالَ الوصيَّةِ ، بدليلِ : أَنَّه يلحقُ بالزوجِ .

ونقلَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] في ذٰلكَ قولينِ :

أَحدُهما : تصحُّ الوصيَّةُ له ؛ لمَا ذكرناهُ .

والثاني : لا تصحُّ الوصيَّةُ ؛ لأنَّ النَّسَبَ يثبتُ بالاحتمالِ ، والوصيَّةُ لا تثبتُ بالاحتمالِ .

وإنْ وَصَّىٰ لِمَا تحملُ هٰذهِ المرأَةُ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو إِسحاقَ : تصحُّ الوصيَّةُ له وإنْ كانَ معدوماً حالَ الوصيَّةِ . **فعلىٰ هٰذا** : إذا حَملَتْ بعدَ الوصيَّةِ لَه . . صحَّتِ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ الموصيَ لَم يَعتبرْ وجودَهُ ، بخلافِ الأُولىٰ .

و**[الثاني]** : **قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : لا تصحُّ الوصيَّةُ لَه ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ لا تصحُّ لمعدومٍ .

وإنْ قالَ : وَصَّيتُ بثلثي لحَمْلِ هٰذهِ المرأَةِ مِنْ فلانٍ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ لَه إلاَّ بشرطينِ :

أَحدُهما : وجودُهُ حالَ الوصيَّةِ علىٰ ما مضىٰ

والثاني : ثبوتُ نَسَبِهِ مِنْ أَبيهِ المذكورِ .

فإنْ أَتتْ بولدٍ يلحقُ ذٰلكَ الرجلَ بالإمكانِ ، ونتيقَّنُ وجودَهُ حالَ الوصيَّةِ ، فنفاهُ ذٰلكَ الرجلُ باللِّعانِ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو العبَّاسِ : ينتفي عنهُ ، ولا تبطلُ الوصيَّةُ لَه ؛ لأَنَّ النفيَ حكمٌ يتعلَّقُ بينَ الولدِ والوالدِ ، فلَم يتعلَّقْ بهِ حكمٌ آخَرُ ، بدليلِ : أَنَّ المرأَةَ تَعتَدُّ بوَضعهِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ عامَّةِ أَصحابِنا ـ : أَنَّ الوصيَّةَ لا تصحُّ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ لَه تثبتُ بشرطينِ : وجودُهُ حالَ الوصيَّةِ ، وثبوتُ نَسَبِهِ مِنْ ذٰلكَ الرجلِ . وباللِّعانِ سَقطَ نَسَبُهُ عنهُ ، فلَم تصحَّ لَه الوصيَّةُ .

فرعٌ : [الوصية للحمل تشمل الجنسين] :

وكلُّ موضعٍ صحَّحنا الوصيَّةَ فيهِ للحَملِ : فإنْ وَلدتْ ذكراً أَو أُنثىٰ . . أُعطيَ ذٰلكَ كلَّهُ . وإنْ وَلدتْ ذَكرينِ أَو أُنثيينِ أَو ذكراً وأُنثىٰ . . صُرِفَ إِليهِما بالسويَّةِ ؛ لأَنَّها عطيَّةٌ فلَم يَفضلِ الذكرُ فيها علىٰ الأُنثىٰ ، كما لَو وَهبَ لهُما . وهٰكذا : إِنْ وَلدتْ ذَكراً وأُنثىٰ

وخُنثىٰ . . صُرفتِ الوصيَّةُ إليهم أثلاثاً ؛ لِما ذكرناهُ .

وإنْ قالَ : إنْ وَلدتْ هٰذهِ المرأَةُ ذَكراً فلَهُ أَلفٌ ، وإنْ وَلدتْ أُنثىٰ فلَها مئةٌ : فإنْ وَلدتْ ذكراً . . كانَ لَه أَلفٌ ، وإنْ وَلدتْ أُنثىٰ . . كانَ لَها مئةٌ . وإنْ وَلدتْ خنثىٰ . . ٱستحقَّ المئةَ ؛ لأَنَّه يقينٌ[١] ، وَوُقِفَ ما زادَ علىٰ المئةِ إلىٰ الألفِ . فإنْ تبيَّنَ أَنَّه ٱمرأَةٌ . . لَم يستحقَّهُ ، وَإنْ تبيَّنَ أَنَّه رجلٌ . . ٱستحقَّهُ .

وإنْ وَلدتْ ذَكراً وأُنثىٰ . . ٱستحقَّ الذكرُ الأَلفَ ، والأُنثىٰ المئةَ .

وإنْ وَلدتْ ذكرينِ أَو أُنثيينِ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنَّ الذَّكرينِ يَشتركانِ في الأَلفِ ، والأُنثيينِ تَشتركانِ في المئةِ ؛ لأَنَّه ليسَ أَحدُهما بأَولىٰ مِنَ الآخرِ .

والثاني : أَنَّ الوصيَّ يدفعُ الأَلفَ إلىٰ مَنْ شاءَ مِنَ الذَّكرينِ ، والمئةَ إلىٰ مَنْ شاءَ مِنَ الأُنثيينِ ؛ لأَنَّه جعلَهُ لأَحدِهما ، ولا مزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخرِ ، فخيِّرَ بينهما .

والثالثُ : يوقفُ الأَلفُ بين الذَّكرينِ ، والمئةُ بينَ الأُنثيينِ إلىٰ أَن يصطلِحا ؛ لأَنَّه لا يجوزُ أَنْ يجعلَ لأَحدِهما بعينِهِ ؛ لأَنَّه لا يتعيَّنُ ، ولا يجوزُ أَنْ يُجعلَ بينهما ؛ لأَنَّ الموصيَ جعلَهُ لأَحدِهما ، ولا يجوزُ أن يختارَ الوصيُّ أحدَهما ؛ لأَنَّه لا مزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخرِ ، فلَم يبقَ إلاَّ أَنْ يوقفَ بينهُما إلىٰ أَنْ يصطلحا .

وإنْ وَلدتْ ذكراً وأُنثىٰ وخنثىٰ :

فإنْ قُلنا في التي قَبْلَها بالاشتراكِ . . لَم يمكنْ أَنْ يُشاركَ الخنثىٰ الذكرَ ؛ لجوازِ أَنْ تكونَ ٱمرأَةً . ولا يجوزُ أَنْ يشاركَ الأُنثىٰ ؛ لجوازِ أَنْ يكونَ رجلاً .

قالَ القاضي أَبو الفتوحِ : فيحتملُ أَنْ يُقالَ هاهُنا بالوقفِ ، ويحتملُ أَنْ يُقالَ : يُعطىٰ الذكرُ الأَلفَ والأُنثىٰ المئةَ ، ولا يُعطىٰ الخنثىٰ شيئاً .

وإنْ قُلنا بالتي قَبْلَها : أَنَّ الوصيَّ بالخيارِ . . فلا يمكنُ أَنْ يعطيَ الخنثىٰ الأَلفَ ولا المئةَ ؛ لأَنَّه لا يتيقَّنُ حالَهُ ولٰكنْ يدفعُ الأَلفَ إلىٰ الذكرِ والمئةَ إلىٰ الأُنثىٰ .

---

(١) أي : أنثىٰ وزيادة ، وفي (م) : (تعيَّن) .

وإِنْ قُلنا بالتي قَبْلَها بالوقفِ . . وَقفَ الألفَ والمئةَ بينهُم إِلىٰ أَنْ نتبيَّنَ حالَ الخنثىٰ ، فإِنْ بانَ ٱمرأَةً . . دَفعَ الألفَ إِلىٰ الذكرِ ، ووَقفَ المئةَ بينَ الأُنثيينِ إِلىٰ أَنْ يصطلحا عليها . وإِنْ بانَ أَنَّه رجلٌ . . دُفعَتِ المئةُ إِلىٰ الأُنثىٰ ، ووُقِفَ الألفُ بينَ الذكرينِ إِلىٰ أَنْ يصطلحا عليهِ .

فرعٌ : [قدّر الوصية لنوع المولود] :

وإِنْ قالَ لِامرأَةٍ : إِنْ كانَ حَملُكِ ذَكراً . . فلَهُ أَلفٌ ، وإِنْ كانَ أُنثىٰ . . فلَها مئةٌ . أَو قالَ : إِنْ كانَ ما في بطنِكِ ذَكراً ، أَو إِنْ كانَ الذي في بطنِكِ ذَكراً فلَهُ أَلفٌ ، وإِنْ كانَ أُنثىٰ . . فلَها مئةٌ : فإِنْ وَلدتْ ذَكراً . . كانَ لَه أَلفٌ . وإِنْ وَلدتْ أُنثىٰ . . كانَ لَها مئةٌ . وإِنْ وَلدتْ خنثىٰ . . ففيهِ وجهانِ ، خرَّجَهما القاضي :

أَحدُهما : لَه المئةُ ؛ لأَنّها يقينٌ[1] .

والثاني : لا شيءَ لَه ؛ لأَنَّه ليسَ بذكرٍ ولا أُنثىٰ .

وإِنْ وَلدتْ ذَكراً وأُنثىٰ ، أَو ذكرينِ ، أَو أُنثيينِ ، أَو ذَكراً وخنثىٰ ، أَو أُنثىٰ وخنثىٰ ، أَو خنثيينِ . . لَم يَستحقَّ وَاحدٌ منهُما في هٰذهِ المسائلِ شيئاً ؛ لأَنَّه شَرطَ أَنْ يكونَ جميعُ حَملِها ، أَو جميعُ ما في بطنِها ذَكراً أَو أُنثىٰ ، ولَم يوجدْ ذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [الوصية لأحد شخصين] :

وإِنْ قالَ : وَصَّيتُ بهٰذا لأَحدِ هٰذينِ الرَّجلينِ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّه تمليكٌ لغيرِ معيَّنٍ .

وإِنْ قالَ : أَعطوا هٰذا العبدَ لأحدِ هٰذينِ الرَّجلينِ . . صحَّ ؛ لأَنَّه ليسَ بتمليكٍ ، وإِنَّما هوَ وصيَّةٌ بالتمليكِ . ولهٰذا لَو قالَ : بعتُ عبديَ هٰذا مِنْ أَحدِ هٰذينِ الرجلينِ . . لَم يصحَّ البيعُ . ولَو قالَ لوكيلهِ : بِعْ عبديَ هٰذا مِنْ أَحدِ هٰذينِ الرجلينِ . . صحَّ التوكيلُ .

---

(١) وكذا لو قال : إذا وضعت جنيناً . . فله مئة ، فإنه يشمل الأنواع الثلاثة .

مسأَلةٌ : [الوصية لعبد غير وارثِهِ] :

وإِنْ وصَّىٰ لعبدِ غيرِ وَارثِهِ. . صحَّتِ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ وَصيَّةٌ لسيِّدهِ ، إِذِ العبدُ لا يملكُ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فلا يختلفُ المذهبُ أَنَّ قَبولَ العبدِ يصحُّ ؛ لأَنَّ الإِيجابَ لَه ، والعقدَ مضافٌ إِليهِ ، فكانَ القَبولُ إِليهِ ، كالوَكيلِ في الشراءِ .

وهلْ يصحُّ قَبولُهُ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو سعيدِ الإِصطخريُّ : لا يصحُّ مِنْ غيرِ إِذنِ سيِّدهِ ؛ لأَنَّ منافعَهُ مستحقَّةٌ للسيِّدِ بكلِّ حالٍ ، فلا يملكُ التصرُّفَ فيها بغيرِ إِذنِ السيِّدِ ، كالشراءِ .

والثاني : يصحُّ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّه ٱكتسابٌ بغيرِ عِوَضٍ ، فصحَّ منهُ بغيرِ إِذنِ السيِّدِ ، كالاصطيادِ .

وإِنْ قَبِلَ السيِّدُ الوصيَّةَ. . فهلْ يصحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ ؛ لأَنَّ الإِيجابَ للعبدِ ، فلا يصحُّ القَبولُ مِنْ غيرهِ ، كالبيعِ .

والثاني : يصحُّ ؛ لأَنَّ المِلكَ لَه ، فصحَّ القبولُ منهُ . ويخالفُ البيعَ ، فإِنَّ القَبولَ فيهِ لا يصحُّ مِنْ غيرِ الموجبِ لَه ، وفي الوصيَّةِ يصحُّ القَبولُ مِنْ غيرِ الموجبِ لَها ، وهوَ إِذا ماتَ الموصىٰ لَه قَبْلَ القَبولِ. . فإِنَّ وَارثَهُ يَقبلُ الوصيَّةَ .

فرعٌ : [الوصية لعبد وارثه أو مكاتبه أو أم ولده] :

وإِنْ وَصَّىٰ لعبدِ نفسهِ ، أَو لعبدِ وَارثهِ. . فهوَ كما لَو وصَّىٰ لِوارثهِ ؛ لأَنَّ المِلكَ لسيِّدهِ .

وإِنْ وَصَّىٰ لمُكاتبهِ ، أَو لمُكاتبِ وَارثهِ. . صحَّتِ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّه يملكُ المالَ ولا سبيلَ للوارثِ عليهِ ، وإِنَّما يستحقُّ المالَ في ذمَّتهِ ، وذٰلكَ لا يَمنعُ صحَّةَ الوصيَّةِ لَه ، كما لَو وَصَّىٰ لرجلٍ في ذمَّتهِ دَينٌ لِوارثهِ .

وإنْ وصَّىٰ لأُمِّ ولدِهِ.. صحَّتِ الوصيَّةُ ؛ لأنَّها وقتَ وجوبِ الوصيَّةِ حرَّةٌ لا مِلكَ لأَحدٍ عليها .

وإنْ وصَّىٰ لمدبَّرِهِ.. صحَّتِ الوصيَّةُ ، كما قُلنا في أُمِّ الولدِ ، فإنْ خرجَ مِنَ الثلثِ.. عتقَ كلُّه ومَلكَ الوصيَّةَ . وإنْ خرجَ بعضُ العبدِ مِنَ الثلثِ.. عتقَ منهُ قَدْرُ ذٰلكَ ، ومَلكَ مِنَ الوصيَّةِ بقَدْرِ ما عتقَ منهُ .

مسأَلةٌ : [الوصية بالمجهول] :

وتصحُّ الوصيَّةُ بالمجهولِ ، كالوصيَّةِ بالحَمْلِ في البطنِ واللَّبنِ في الضَّرعِ . وتصحُّ إذا كانتْ غيرَ معيَّنةٍ ، كعبدٍ مِنْ عبيدٍ ، وبمَا لا يَقدِرُ علىٰ تسليمِهِ ، كالطيرِ في الهواءِ ، والعبدِ الآبقِ ؛ لأَنَّ الموصىٰ لَه يخلفُ الميِّتَ في ثلثِ تركتِهِ كما يخلفُهُ الوارثُ في ثلثيها ، فلمَّا خلفَهُ الوارثُ في هٰذهِ الأَشياءِ.. خَلَفَهُ الموصىٰ لَه فيها .

وتصحُّ الوصيَّةُ بما يُنتفعُ بهِ مِنَ النجاساتِ ، كالكلبِ والدِّمنِ[1] وجلدِ الميتةِ ؛ لأَنَّ الوارثَ يرثُ عنهُ هٰذهِ الأَشياءَ ، فكذٰلكَ الموصىٰ لَه .

وتصحُّ الوصيَّةُ بالميْتةِ ؛ لأَنَّ فيها منفعةً مباحةً ، بأَنْ يُطعِمَها كلابَهُ أَو بزَاتَهُ[2] أَو يأكُلَها عندَ الضرورةِ ، فصحَّتِ الوصيَّةُ بها ، كالدمنِ .

ولا تصحُّ الوصيَّةُ بالخمرِ والخنزيرِ والكلبِ العقورِ ؛ لأَنَّه لا يحلُّ الانتفاعُ بها .

وهلْ تصحُّ الوصيَّةُ بالمعدومِ ، كالوصيَّةِ بمَنْ تحملُ هٰذهِ الجاريةُ ، وبما تحملُهُ هٰذهِ الشجرةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : إنْ قُلنا : إنَّ الاعتبارَ بالمآلِ وَقتَ الوصيَّةِ.. لَم تصحَّ الوصيَّةُ بها .

و**[الثاني]** : **المذهبُ** أَنَّ الوصيَّةَ تصحُّ بذٰلكَ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ الجهالةَ لا تؤثِّرُ في الوصيَّةِ .

---

(١) **الدِّمن** ـ وزان حمل ـ : ما يتلبد من البعر والزبل والسرجين يجمع كسماد للأرض وللوقد .
(٢) **البزاة** ـ جمع باز ، مثل قاض وقضاة ـ : أحد الجوارح ، كالصقور يستخدم للصيد .

وأمَّا إذا أوصىٰ له بحَملِ هٰذهِ الجاريةِ . . فإنَّه يُعتبرُ أنْ يكونَ الحَملُ موجوداً وَقتَ الوصيَّةِ ، كما قُلنا في الوصيَّةِ للحَملِ علىٰ ما مضىٰ .

فرعٌ : [الوصية بالمنافع] :

وتصحُّ الوصيَّةُ بالمنافعِ التي تُستباحُ بالإجارةِ والإباحةِ ، كسُكنىٰ الدارِ وخدمةِ العبدِ وثمرةِ البستانِ وما أشبهَهُ . **وهوَ قولُ كافَّةِ العلماءِ** .

وقالَ ابنُ أبي ليلىٰ : لا يصحُّ .

دليلُنا : أنَّ هٰذهِ المنافعَ تصحُّ المعاوضةُ عليها ؛ لأنَّ منافعَ العبيدِ والدُّورِ تُملكُ بالإجارةِ ، وثمرةَ الشجرةِ تُملكُ بالمساقاةِ عليها . وما مُلِكَ بالمعاوضةِ عليهِ . . صحَّتِ الوصيَّةُ بهِ ، كالأعيانِ .

وتصحُّ الوصيَّةُ بالمنفعةِ لرجلٍ ، وبالعينِ لآخَرَ ؛ لأنَّ المنفعةَ والعينَ كالعينينِ ، فجازَ العقدُ علىٰ كلِّ وَاحدٍ منهُما .

إذا ثبتَ هٰذا : فتصحُّ الوصيَّةُ بمنفعةٍ مقدَّرةٍ ، وبمنفعةٍ مؤبَّدةٍ ؛ لأنَّ الوصيَّةَ تصحُّ بالمعلومِ والمجهولِ .

فرعٌ : [وصىٰ له بشيء من ريع ثم وقف المورد] :

وإنْ وَصَّىٰ رجلٌ لرجلٍ بدينارٍ مِنْ غلَّة دارهِ في كلِّ سنةٍ ، وخرجتِ الدارُ مِنَ الثلثِ ووُقِفتِ الدارُ . . فلا يجوزُ لِلورثةِ بيعُها ؛ لأنَّ ذٰلكَ يُسقِطُ حقَّ الموصىٰ لَه مِنْ غلَّتِها ، فلَم يَجُزْ بيعُها ، كالمرهونِ ، فيُدفعُ إلىٰ الموصىٰ لَه مِنْ غلَّتِها كلَّ سنةٍ دينارٌ . فإنْ بقيَ مِنْ غلَّتِها شيءٌ بعدَ الدينارِ . . دُفعَ ذٰلكَ إلىٰ الورثةِ . وإنْ لَم يبقَ لَهم شيءٌ . . فلا شيءَ لَهم . وإنْ لَم تفِ غلَّةُ الدارِ كلَّ سنةٍ بدينارٍ . . فلا شيءَ للموصىٰ لَه غيرَ ما جاءَ مِنْ غلَّتِها .

وإنْ كانتِ الدارُ تُغلُّ كلَّ سنةٍ دنانيرَ كثيرةً ، فقالَ الورثةُ : نحنُ نبيعُ منها قَدْرَ ما تزيدُ غلَّتُه علىٰ الدينارِ ونُبقي منهُ ما يُغلُّ ديناراً . . لَمْ يكنْ لَهم ذٰلكَ ؛ لأنَّه ربَّما نقصَ كِراءُ الباقي عَنِ الدينارِ .

مسألةٌ : [تعليق الموصي علىٰ شرط في حياته] :

يجوزُ تعليقُ الوصيَّةِ علىٰ شرطٍ في حياةِ الموصي ، بأَنْ يقولَ : إِنْ حجَّ فلانٌ في حياتي ، أَو قَدِمَ في حياتي . . فقدْ أَوصيتُ لَه بكذا ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ تصحُّ في المجهولِ ، فصحَّ تعليقُها علىٰ شرطٍ ، كالطلاقِ والعِتاقِ .

ويصحُّ تعليقُها علىٰ شرطٍ بعدَ موتِ الموصي ، بأَنْ يقولَ : إِنْ حجَّ فلانٌ بعدَ موتي ، أَو تعلَّمَ القرآنَ وما أَشبهَهُ . . فقدْ أَوصيتُ لَه بكذا ؛ لأَنَّ ما بَعدَ الموتِ في الوصيَّةِ كحالِ الحياةِ ، فإِذا جازَ تعليقُ الوصيَّة ، علىٰ شرطٍ في حالِ الحياةِ . . جازَ بعدَ الموتِ .

وإِنْ قالَ : إِذا مَلكتُ عبدَ فلانٍ . . فقدْ أَوصيتُ بهِ لفلانٍ ، فملَكَهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أَبي يعقوبَ الأَبيورديِّ ، وأَبي حنيفةَ ـ : (أَنَّ الوصيَّةَ صحيحةٌ ؛ لأَنَّ الجهالةَ والغَررَ لا تؤثِّرُ في الوصيَّةِ) .

والثاني ـ حكاهُ الطبريُّ في « العُدَّةِ » ـ : أَنَّه لا تصحُّ الوصيَّةُ .

مسأَلةٌ : [إيجاب قول الموصي في الوصية] :

ولا تصحُّ الوصيَّةُ إِلاَّ بإِيجابٍ مِنَ الموصي .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : والإِيجابُ كلُّ ما يدلُّ علىٰ التمليكِ والعطيَّةِ ، بأَنْ يقولَ : أَوصيتُ لفلانٍ بكذا ، أَو أَعطوا فلاناً كذا ، أَو لفلانٍ كذا ، وما أَشبههُ .

وأَمَّا القَبولُ : فإِنْ كانتِ الوصيَّةُ لغيرِ معيَّنٍ ، كالوصيَّةِ للفقراءِ والمساكينِ . . لَزمتْ بالموتِ ؛ لأَنَّه لا يمكنُ اعتبارُ القَبولِ منهُم .

وإِنْ كانتِ الوصيَّةُ لمعيَّنٍ ، كالوصيَّةِ لرجلٍ مسمَّىً أَو لقومٍ[1] محصورينَ . . فلا بدَّ مِنَ القَبولِ مِنَ الموصىٰ لَه .

---

(١) في (م) : (لرجال) .

وهلِ القبولُ شرطٌ في المِلكِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : **قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : هوَ شرطٌ في المِلكِ علىٰ ما سيأتي بيانُه ؛ لأَنَّه تمليكٌ لِعَينٍ ، فلَم تصحَّ مِنْ غيرِ قَبولٍ ، كالبيعِ والهبةِ .

و**[الثاني]** : قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : ينبغي أَنْ يُقالَ : إِنَّ القَبولَ في الوصيَّةِ ليسَ بشرطٍ في صحَّةِ المِلكِ ، وإِنَّما يتبيَّنُ بهِ ٱختيارُهُ للمِلكِ حالَ الموتِ ، فتبيَّنَ حصولُ المِلكِ بٱختيارِهِ .

ولا يصحُّ القَبولُ إِلاَّ بعدَ موتِ الموصي ؛ لأَنَّ إِيجابَ الوصيَّةِ بعدَ الموتِ ، فكانَ القَبولُ بعدَهُ .

وإِذا قَبلَ الموصىٰ لَه الوصيَّةَ بعدَ الموتِ . . حُكمَ لَه بالمِلكِ . ومتىٰ يَملكُ ؟ فيهِ قولانِ مشهورانِ :

أَحدُهما : أَنَّ المِلكَ حصلَ لَه بشرطينِ : الموتُ والقَبولُ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّه تمليكُ عينٍ لمعيَّنٍ ، فلَم يَقعِ المِلكُ فيهِ قَبْلَ القَبولِ ، كالهبةِ .

فقولُنا : (تمليكٌ) ٱحترازٌ مِنَ الميراثِ .

وقولُنا : (عينٌ) ٱحترازٌ مِنَ الوَقفِ .

وقولُنا : (لمعيَّنٍ) ٱحترازٌ مِنَ الوصيَّةِ للفقراءِ والمساكينِ .

والقولُ الثاني : أَنَّ المِلكَ موقوفٌ . فإِنْ قَبِلَ الموصىٰ لَه . . تبيَّنَّا أَنَّه مَلكَ بالموتِ . وإِنْ لَم يَقبلْ . . تبيَّنَّا أَنَّه لَم يَملِكْ ، وأَنَّ المِلكَ بعدَ الموتِ كانَ للورثةِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الموصىٰ بهِ بعدَ موتِ الموصي لا يخلو : إِمَّا أَنْ يُقالَ : إِنَّه مِلكٌ للميِّتِ ، أَو يقالَ : إِنَّه دَخلَ في مِلكِ الورثةِ ، أَو يقالَ : إِنَّه قدْ مَلكَهُ الموصىٰ لَه ، أَو يقالَ : إِنَّه مراعىً ، فبطَلَ أَنْ يُقالَ : إِنَّه مِلكٌ للميِّتِ ؛ لأَنَّه جمادٌ لا يَملِكُ . وبَطَلَ أَنْ يُقالَ : إِنَّه مِلكٌ للورثةِ ؛ لأَنَّهم لا يملكونَ إِلاَّ بعدَ الدَّينِ والوصيَّةِ ، ولأَنَّه خلافُ الإِجماعِ .

وبَطَلَ أَنْ يقالَ : إِنَّه قدْ دَخلَ في مِلكِ الموصىٰ لَه ؛ لأَنَّه لَو مَلكَهُ . . لما صحَّ ردُّهُ لَه ، كالميراثِ .

فإذا بَطَلتْ هٰذهِ الأَقسامُ . . ثبتَ أنَّه مراعىً .

وحكىٰ ٱبنُ عبدِ الحكمِ عَنِ الشافعيِّ قولاً ثالثاً ـ ليسَ بمشهورٍ ـ : (أَنَّ الموصىٰ له يَملكُهُ بنفسِ الموتِ ؛ لأَنَّه مالٌ مُستَحقٌّ بالموتِ ، فٱنتقلَ إِليهِ بالموتِ ، كالميراثِ) .

فرعٌ : [ردُّ الموصىٰ له الوصية] :

وإِنْ ردَّ الموصىٰ لَه الوصيَّةَ . . ففيهِ أَربعُ مسائلَ :

إحداهُنَّ : إِذا ردَّها في حياةِ الموصي . . فلا يصحُّ هٰذا الردُّ ؛ لأَنَّه لا حقَّ لَه في هٰذهِ الحالِ ، بدليلِ أَنَّه لا يصحُّ قَبولُهُ للوصيَّةِ ، فلَمْ يصحَّ ردُّهُ ، كالشَّفيعِ إِذا عفا عَنِ الشُّفعةِ قبلَ البيعِ .

الثانيةُ : إِذا ردَّ بعدَ موتِ الموصي ، وقَبْلَ القَبولِ . . فيصحُّ الردُّ ؛ لأَنَّه وقتُ القَبولِ ، فصحَّ مِنْهَ الردُّ ، كالشَّفيعِ إِذا عفا عَنِ الشُّفعةِ بعدَ البيعِ .

الثالثةُ : إِذا قَبِلَ الوصيَّةَ وقبضَها ، ثمَّ ردَّها . . فلا يصحُّ الردُّ ؛ لأَنَّه قدْ مَلكَ الموصىٰ بهِ ، وٱستقرَّ مِلكُهُ عليهِ . فإِنْ أَرادَ أَنْ يملِّكَهُ الورثةَ . . ٱفتقرَ إِلىٰ لفظِ التمليكِ أَوِ الهبةِ بشروطِها .

الرابعةُ : إِذا ردَّ بعدَ القَبولِ وقَبْلَ القبضِ . . فهلْ يصحُّ الردُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ الردُّ ؛ لأَنَّه قدْ ملكَ الموصىٰ بهِ إِمَّا بالقبولِ أَو بالموتِ ، فلَم يصحَّ ردُّهُ ؛ كما لَو وهبَهُ عيناً وقَبِلَها وقبضَها بإِذنِهِ ، ثمَّ ردَّها .

والثاني : يصحُّ ردُّهُ ، **وهوَ المنصوصُ عليهِ** ؛ لأَنَّ مِلكَهُ لَم يستقرَّ عليها بالقبضِ ، فصحَّ الردُّ .

وإِنْ كانَ القبضُ غيرَ معتبرٍ ، كما لَو وَقفَ وَقفاً علىٰ رجلٍ . . فإِنَّ القَبولَ فيهِ غيرُ معتبَرٍ . ثمَّ لو ردَّ الموقوفُ عليهِ الوقفَ . . لبطلَ الوقفُ عليهِ . فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

فرعٌ : [الرجوع في قبول الوصية] :

قالَ في « الأُمِّ » : (إذا ردَّ الموصىٰ لَه الوصيَّةَ ، ثمَّ بدا لَه غيرُ ذٰلكَ ، وقالَ : أُريدُ أَنْ أَرجعَ فيها ؛ لأَنَّ الوارثَ لَم يَقبِضْها . . لَمْ يكنْ للموصىٰ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الموصىٰ لَه لمَّا مَلكَ الموصىٰ بهِ وإِنْ لَم يقبضْهُ بالوصيَّةِ . . مَلكَهُ الوارثُ بردِّ الموصىٰ لَه ، وإِنْ لَم يقبضْهُ الوارثُ) .

فرعٌ : [ردّ الوصية إلىٰ وارث] :

قالَ في « الأُمِّ » : (إذا أَوصىٰ لرجلٍ بوصيَّةٍ ، ثمَّ قالَ الموصىٰ لَه بعدَ موتِ الموصي : رددتُ الوصيَّةَ لفلانٍ ، وسمَّىٰ وَاحداً مِنَ الورثةِ . . رُجِعَ إِلىٰ الموصىٰ لَه ، وقيلَ لَه : ما أَردتَ بقولِكَ : لفلانٍ ، فإِنْ قالَ : أَردتُ أَنِّي رددتُ الوصيَّةَ إِلىٰ جميعِ الورثةِ لأَجلِ ذٰلكَ المسمَّىٰ . . عادتْ إِلىٰ جميعِ الورثةِ ، وكانَ المسمَّىٰ كغيرِهِ ، وإِنْ قالَ : إِنِّي أَردتُ بذٰلكَ أَنِّي جعلتُها للمسمَّىٰ خاصَّةً . . ٱختصَّ المسمَّىٰ بملكِها دونَ سائرِ الورثةِ) .

وإِنْ لَم يقبلِ الموصىٰ لَه الوصيَّةَ ، ولَم يردَّ . . كانَ للورثةِ مطالبتُهُ بالقَبولِ أَو الردِّ . فإِنِ ٱمتنعَ مِنَ القَبولِ . . حكمَ عليهِ الحاكمُ بالردِّ ؛ لأَنَّ المِلكَ متردِّدٌ بينَهُ وبينَ الورثةِ ، فهوَ كما لَو تحجَّرَ مَواتاً وٱمتنعَ عَنْ إِحيائهِ .

فرعٌ : [موت الموصي لحمل] :

إذا أَوصىٰ رجلٌ لحَملِ ٱمرأَةٍ بشيءٍ ، فماتَ الموصي ، ثمَّ قَبِلَ أَبو الحَملِ الوصيَّةَ لَه قَبْلَ الانفصالِ . . فهلْ يصحُّ هٰذاالقَبولُ ؟

ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ القفَّالُ : لا يصحُّ القَبولُ قبلَ الوِلادةِ ؛ لأَنَّه قَبِلَهُ في وقتٍ لا يدري ، هلِ الحَملُ موجودٌ أَم لاَ ؟

وقدْ قالَ ٱبنُ سريجٍ : لا يصحُّ الأَخذُ بالشُّفعةِ للحَملِ إِلاَّ بعدَ الوِلادةِ .

وقالَ الشيخُ أَبو زيدٍ : فيهِ وجهانِ بناءً علىٰ القولينِ في الحَملِ : هلْ لَه حكمٌ أَمْ لاَ ؟

فإنْ قُلنا : لَه حكمٌ . . صحَّ القَبولُ لَه .

وإنْ قُلنا : لا حُكمَ لَه . . لَم يصحَّ القَبولُ لَه إلاَّ بعدَ الوضعِ .

قالَ : وكذٰلكَ الشُّفعةُ لَه ، علىٰ هٰذينِ الوَجهينِ .

مسأَلةٌ : [موت الموصىٰ له قبل الموصي] :

وإنْ أَوصىٰ لرجلٍ بوصيَّةٍ فماتَ الموصىٰ لَه قبلَ موتِ الموصي . . بَطَلتِ الوصيَّةُ ؛ لأنَّه ماتَ قبلَ ٱستحقاقِ الوصيَّةِ .

وإنْ ماتَ الموصي ، ثمَّ ماتَ الموصىٰ لَه قَبْلَ القَبولِ والردِّ . . فإنَّ وَارثَ الموصىٰ لَه يقومُ مقامَهُ في القَبولِ والردِّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تَبطلُ الوصيَّةُ) .

دليلُنا : أَنَّه خيارٌ ثابتٌ في تملُّكِ المالِ ، فقامَ الوارثُ مقامَهُ ، كخيارِ الشُّفعةِ .

فقولُنا : (ثابتٌ) ٱحترازٌ مِنَ الموصىٰ لَه إذا ردَّ الوصيَّةَ قبلَ موتهِ .

وقولنا : (في تملُّكِ المالِ) ٱحترازٌ ممَّنْ أَسلَمَ وتحتَهُ أَكثرُ مِنْ أَربعِ نسوةٍ وأَسلَمنَ معَهُ ، فماتَ قبلَ أَنْ يختارَ .

فإنْ ردَّ الوارثُ الوصيَّةَ . . كانتْ مِلكاً لورثةِ الموصي . وإنْ قَبِلَها الوارثُ . . فهلْ يقضي منها دينَ الموصىٰ لَه وينفِّذُ منها وَصاياهُ ؟

إنْ قُلنا : نتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّها مُلِكَتْ بموتِ الموصي . . قضيَ منها دينُ الموصىٰ لَه[1] ، ونُفِّذتْ منها وَصاياهُ .

وإنْ قُلنا : لا تُملَكُ إلاَّ بالقبولِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما القاضي أَبو الطيِّبِ :

أَحدُهما : لا يُقضىٰ منها دينُ الموصىٰ لهُ ، ولا تنفَّذُ منها وَصيَّتُهُ ؛ لأَنَّ الوارثَ مَلَكَها بقبولهِ مِنْ جهةِ الموصي .

---

(١) في نسخة : (دينه) في الموضعين .

والثاني : يُقضىٰ منها دينُ الموصىٰ لَه وتنفَّذُ منها وَصيَّتُهُ ؛ لأَنَّ الوارثَ مَلَكَها بِما وَرِثَهُ[١] عَنِ الموصىٰ له مِنَ القَبولِ ، فصارَ كالمملوكِ مِنْ تَركتِهِ .

مسأَلةٌ : [وصية مالك الأمة بها لزوجها] :

وإذا تزوَّجَ حرٌّ بأَمَةٍ لغيرِهِ ، فأَوصىٰ مالكُ الأَمةِ بها لزوجِها ، ثمَّ ماتَ الموصي ، فإِنْ ردَّ الموصىٰ له الوصيَّةَ . . بقيتِ الأَمةُ علىٰ مِلكِ وَرثةِ الموصي ، والزوجيَّةُ باقيةٌ . وإِنْ قَبِلَ الزوجُ الوصيَّةَ . . مَلكَ زوجتَهُ ، وٱنفسخَ النكاحُ ؛ لأَنَّ حكمَ النكاحِ والمِلكِ يتنافيانِ ، فثبتَ الأَقوىٰ وهوَ المِلكُ ، وسقطَ الأَضعفُ وهوَ النكاحُ .

ومتىٰ يحكمُ بٱنفساخِ النكاحِ ؟ يبنىٰ ذٰلكَ علىٰ وقتِ مِلكِ الموصىٰ لَه الموصىٰ بهِ بعدَ القَبولِ . وقدْ مضىٰ .

ثمَّ يُنظَرُ في الجاريةِ : فإِنْ كانتْ حائِلاً . . فلا كلامَ .

وإِنْ كانتْ حاملاً فولَدتْ . . فلا تخلُو مِنْ ثلاثةِ أَحوالٍ : إِمَّا أَنْ تضعَهُ قبلَ موتِ الموصي ، أَو بعدَ موتِهِ وقَبْلَ قَبولِ الموصىٰ لَه ، أَو بعدَ موتهِ وبعدَ قَبولِ الموصىٰ لَه .

فالحالةُ الأُولىٰ : إِذا وَضعتْهُ في حياةِ الموصي . . نظرتَ :

فإِنْ وَضعتْهُ لستَّةِ أَشهرٍ فما زادَ مِنْ حينِ الوصيَّةِ . . كانَ الولدُ مِلكاً للموصي ولورثتِهِ بعدَهُ ؛ لأَنَّا لا نحكمُ بوجودهِ حالَ الوصيَّةِ .

وإِنْ وَضعتْهُ لِدُونِ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ حينِ الوصيَّةِ . . فإِنَّا نحكمُ بوجودهِ حالَ الوصيَّةِ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّ الحَمْلَ لَه حكمٌ . . كانَ الولدُ موصىً بهِ معَ الأُمِّ ، ويملِكُهُ الموصىٰ له معَ الأُمِّ ، ويعتقُ عليهِ ، ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ وَلدٍ لَه .

وإِنْ قُلنا : لا حكمَ لَه . . كانَ الولدُ مِلكاً لورثةِ الموصي .

الحالةُ الثانيةُ : إِذا وَضعتْهُ بعدَ موتِ الموصي وقبلَ قَبولِ الموصىٰ لَه . . ففي هٰذا ثلاثُ مسائلَ :

---

(١) في (م) : (ملكه) .

إحداهُنَّ : أَنْ تكونَ حملتْ بهِ بعدَ موتِ الموصي ، بأَنْ تضعَهُ لستَّةِ أَشهرٍ فصاعداً مِنْ حينِ موتِ الموصي :

فإِنْ قُلنا : إِنَّ الموصىٰ لَه لا يملكُ الوصيَّةَ إِلاَّ بالقَبولِ . . فإِنَّ الولدَ هاهُنا مِلكٌ لورثةِ الموصي .

وإِنْ قُلنا : نتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّه مَلكَ بموتِ الموصي ، أَو قُلنا بروايةِ ٱبنِ عبدِ الحكمِ . . فإِنَّ الولدَ حرُّ الأَصلِ ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ منهُ بِحُرٍّ في مِلكهِ ولا وَلاءَ عليهِ ؛ لأَنَّه لَم يمسَّهُ الرقُّ ، والجاريةَ أُمُّ وَلدٍ لَه ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ منهُ بِحُرٍّ في مِلكِهِ .

المسأَلةُ الثانيةُ : إِذا حَملَتْ بهِ قَبلَ موتِ الموصي وبعدَ الوصيَّةِ ، مثلُ : أَنْ تضعَهُ لستَّةِ أَشهرٍ فصاعداً مِنْ حينِ الوصيَّةِ ، ولأَقلَّ مِنْ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ حينِ موتِ الموصي :

فإِنْ قُلنا : للحَملِ حكمٌ . . فإِنَّ الولدَ غيرُ موصىً بهِ ، بلْ كانَ مِلكاً للموصي في حياتهِ ، ولورثتهِ بعدَهُ .

وإِنْ قُلنا : لا حكمَ لَه ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ الموصىٰ لَه لا يملكُ إِلاَّ بالقبولِ . . كانَ الولدُ مِلكاً لورثةِ الموصي . وإِنْ قُلنا : نتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّه مَلكَ بالموتِ ، أَو قُلنا بروايةِ ٱبنِ عبدِ الحكمِ . . كانَ الولدُ مِلكاً للزوجِ ، ويعتقُ عليهِ ، ويثبتُ لَهُ عليهِ الوَلاءُ ، ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ وَلدٍ لَه ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ بهِ وهوَ مملوكٌ .

المسأَلةُ الثالثةُ : إِذا حَملَتْ بهِ قَبلَ الوصيَّةِ ، بأَنْ تضعَهُ لِدُونِ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ حينِ الوصيَّةِ :

فإِنْ قُلنا : للحَملِ حكمٌ . . كانَ الولدُ موصىً بهِ ؛ لأَنَّه معَ الأُمِّ كعينٍ أُخرىٰ موصىً بها . فإِذا قَبلَ الموصىٰ لَه الوصيَّةَ . . مَلكَ الولدَ ، وعتقَ عليهِ ، وثبتَ لَه عليهِ الوَلاءُ ، ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ وَلدٍ لَه ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ منهُ بمملوكٍ .

وإِنْ قُلنا : لا حكمَ للحَمْلِ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ المِلكَ حصلَ بقبولِ الموصىٰ لَه . . فالولدُ مِلكٌ لورثةِ الموصي . وإِنْ قُلنا : نتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّه مَلكَ بموتِ الموصي ، أَو قُلنا بروايةِ ٱبنِ عبدِ الحكمِ . . فقدْ مَلكَ الزوجُ الولدَ ، وعتقَ عليهِ ، وثبتَ لَه عليهِ الوَلاءُ ، ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ وَلدٍ لَه .

الحالةُ الثالثةُ : إذا وَضعتْهُ بعدَ موتِ الموصي ، وبعدَ قَبولِ الموصىٰ لَه . . ففيهِ أَربعُ مسائلَ :

إحداهُنَّ : أَنْ تكونَ حملتْهُ بعدَ القَبولِ ، بأَنْ تضعَهُ لستَّةِ أَشهرٍ فصاعداً مِنْ حينِ القَبولِ . . فإِنَّ الولدَ حرُّ الأَصلِ ، ولا وَلاءَ عليهِ ، والأَمَةَ أُمُّ وَلدٍ للزوجِ ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ منهُ بِحُرٍّ في مِلكهِ .

الثانيةُ : إذا حَملتْهُ بعدَ موتِ الموصي وقبلَ القَبولِ ؛ بأَنْ تضعُهُ لستَّةِ أَشهرٍ فصاعداً مِنْ حينِ موتِ الموصي ، ولِدونِ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ وَقتِ القَبولِ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّ المِلكَ للموصىٰ لَه حصلَ بنفسِ القَبولِ . . يثبتَ علىٰ القولينِ في الحَملِ :

فإِنْ قُلنا : لَه حكمٌ . . كانَ ذٰلكَ مِلكاً لورثةِ الموصي . وإِنْ قُلنا : لا حكمَ لَه . . كانَ مِلكاً للموصىٰ لَه ، وعتقَ عليهِ ، وثبتَ لَه عليهِ الوَلاءُ ، ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ وَلدٍ لَه .

وإِنْ قُلنا : نتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّه ملكَ بموتِ الموصي ، أَو قُلنا بروايةِ ٱبنِ عبدِ الحكمِ . . ٱنعقدَ الولدُ حرَّ الأَصلِ ، وصارتِ الجاريةُ أُمَّ ولدٍ للموصىٰ لَه ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ منهُ بِحُرٍّ في مِلكهِ .

الثالثةُ : إذا حملتْهُ بعدَ الوصيَّةِ وقَبْلَ موتِ الموصي ، مثلُ : أَنْ تضعَهُ لستَّةِ أَشهرٍ فصاعداً مِنْ وَقتِ الوصيَّةِ ، ولأَقلَّ مِنْ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ وَقتِ موتِ الموصي :

فإِنْ قُلنا : للحَمْلِ حكمٌ . . كانَ ذٰلكَ مِلكاً للموصي ولورثتِهِ بعدَهُ .

وإِنْ قُلنا : لا حكمَ للحَمْلِ . . مَلكَ الموصىٰ لَه الولدَ بمِلكِ الأُمِّ ، وعتقَ عليهِ ، وثبتَ لَه عليهِ الوَلاءُ ، ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ وَلدٍ لَهُ .

الرابعةُ : إذا حملتْهُ قَبْلَ الوصيَّةِ ، مثلُ : أَنْ تضعَهُ لأَقلَّ مِنْ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ وَقتِ الوصيَّةِ . . فإِنَّ الولدَ يكونُ مِلكاً للموصىٰ لَه بكلِّ حالٍ ، ويعتقُ عليهِ ، ولَه عليهِ الوَلاءُ ؛ لأَنَّا إِنْ قُلنا : للحَمْلِ حكمٌ . . فقدْ أَوصىٰ لَه بِهما . وإِنْ قُلنا : لا حكمَ لَه . . ٱعتُبِرَ وقتَ ٱنفصالِهِ ، وقدِ ٱنفصلَ في مِلكهِ . ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ وَلدٍ لَه ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ منهُ بمملوكٍ .

فرعٌ : [موت الموصي ثم الموصىٰ لَه قبل القبول] :

فإنْ كانتِ المسألةُ بحالِها ، فماتَ الموصي ، ثمَّ ماتَ الموصىٰ له قبلَ القَبولِ والردِّ ، ولَه وارثٌ ، إمَّا ٱبنٌ أو أَخٌ أو غيرُهما . . قامَ مقامَهُ في القَبولِ والردِّ . فإنْ ردَّ الوارثُ الوصيَّةَ . . كانتِ الجاريةُ وأَولادُها مِلكاً لورثةِ الموصي .

قالَ الشافعيُّ : (وَكرهتُ لَهم ذٰلكَ ؛ لأنَّ الأَولادَ قدْ يعتقونَ ويثبتُ للأَمةِ حكمُ الاستيلادِ ، وذٰلكَ يبطلُ بردِّ الوارثِ) .

وإنْ قَبِلَ الوارثُ الوصيَّةَ . . بُنيتْ علىٰ وَقتِ مِلكِ الموصىٰ لَه :

فإنْ قُلنا : إنَّه يملِكُ بنفسِ القَبولِ . . ملكَ الوارثُ الجاريةَ وأَولادَها ، ولا يعتقونَ عليهِ ، ولا يرثُ أَولادُ الجاريةِ الموصىٰ لَه ؛ لأَنَّ وَارثَ الموصىٰ لَه مَلكَ الجاريةَ وأَولادَها بالموصىٰ لَه لا مِنْ جهتِهِ ؛ لأَنَّ الموصىٰ لَه لَم يملكْهُم .

وإنْ قُلنا : نتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّه مَلكَ بموتِ الموصي . . تبيَّنّا أَنَّ الموصىٰ لَه قدْ كانَ مَلكَ الجاريةَ وأَولادَها قَبْلَ موتهِ ، فيكونُ قَبولُ وَارثِ الموصىٰ لَه كقبولهِ .

فكلُّ موضعٍ قُلنا في التي قَبْلَها علىٰ هٰذا القولِ : إذا قَبِلَ الموصىٰ لَه الوصيَّةَ أَنَّ الجاريةَ تكونُ مِلكاً للزوجِ وأَولادَها لورثةِ الموصي . . كانَ[1] هاهُنا مثلُهُ .

وكلُّ موضعٍ قُلنا : لَو قَبِلَ الأَبُ[2] الوصيَّةَ علىٰ هٰذا ، وقُلنا : يكونُ أَولادُ الجاريةِ أَحرارَ الأَصل . . فإنَّهم يكونونَ أَحرارَ الأَصلِ إذا قَبِلَ وَارثُ الموصىٰ لَه الوصيَّةَ إلاَّ أَنَّ الأَولادَ يرثونَ الأَبَ إذا قَبِلَ ، ويكونونَ أَحرارَ الأَصلِ .

وأَمّا إذا قَبِلَ وَارثُ الموصىٰ لَه ، وحكمنا بأَنَّ الأَولادَ أَحرارُ الأَصلِ . . فهلْ يرثونَ الأَبَ ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِم :

فقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : لا يرثونَ ؛ لأَنّا لَو جَعلنا أَولادَ الأَمَةِ مِنْ جُملةِ الورثةِ . .

---

(١) في (م) : (فكذٰلك) .
(٢) أي : الموصىٰ له .

لوقفَ صحَّةُ قبول الوصيَّةِ علىٰ جماعتِهم ، إِذْ قَبولُ جملةِ الوصيَّةِ لا تصحُّ إلاَّ مِنْ جميعِ الورثةِ ، وهُم عندَ القَبولِ مماليكُ لا يصحُّ قَبولُهم ، فتبطلُ الوصيَّةُ . وإذا بَطلتِ الوصيَّةُ . . سقطَ عتقُهم ، فيؤدي إِثباتُ ميراثِهم إِلىٰ نفيهِ ، فثبتَ العتقُ وسقطَ الميراثُ .

وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : يرثُ أَولادُ الأَمَةِ ، ويُعتبرُ قَبولُ مَنْ هوَ وارثٌ في حالِ ٱعتبارِ القَبولِ ؛ لأَنَّ ٱعتبارَ القَبولِ في حقِّهم يؤدِّي إِلىٰ إِسقاطِهم وإِسقاطِ الميراثِ ، فأَسقَطنا القَبولَ وأَثبتنا الميراثَ ؛ لأَنَّا لَو لَم نورِّثْهُمْ . . لأَدَّىٰ إِلىٰ إِثباتِ ولدٍ بلا ميراثٍ .

وقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ والمسعوديُّ [في « الإبانة »] : إِنْ كانَ الوارثُ القابلُ ممَّنْ يحجُبُهُ أَولادُ الأَمَةِ . . لَم يرثْ أَولادُ الأَمَةِ . وإِنْ كانَ ممَّنْ لا يحجُبُهُ أَولادُ الأَمَةِ . . فهلْ يرثونَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يرثونَ ؛ لأَنَّ توريثَهم لا يؤدِّي إِلىٰ حجبِ الوارثِ القابلِ .

والثاني : لا يرثونَ ، وهوَ ٱختيارُ المسعوديِّ [في « الإبانة »] ؛ لأَنَّ توريثَهم يُخرِجُ القابلَ عَنْ أَنْ يكونَ جميعَ الورثةِ ، ولا يصحُّ القَبولُ إِلاَّ مِنْ جميعِ الورثةِ .

وقالَ الدَّاركيُّ : إِنْ كانَ القَبولُ ثبتَ للموصىٰ لَه وهوَ مريضٌ . . لَم يرثْهُ أَولادُ الأَمَةِ ؛ لأَنَّ قَبولَ وَارثِ الموصىٰ لَه يقومُ مقامَ قَبولِهِ ، ولَو قَبِلَ هوَ لكانَ وَصيَّةً ولَم يرثْهُ أَولادُ الأَمَةِ .

وإِنْ ثبتَ لَه القَبولُ وهوَ صحيحٌ . . وَرثَهُ أَولادُ الأَمَةِ ؛ لأَنَّه لَو قَبِلَ الوصيَّةَ في صحَّتهِ . . لوَرثَهُ الأَولادُ ، فكذٰلكَ قَبولُ ورثتهِ يقومُ مقامَ قَبولهِ .

فرعٌ : [وصَّىٰ بأَمةٍ لمن له ٱبن منها فماتا] :

وإِنْ وَصَّىٰ رجلٌ لرجلٍ بأَمَةٍ ، وللموصىٰ لَه ٱبنٌ منها حرٌّ يرثُهُ ، فماتَ الموصي ، ثمَّ ماتَ الموصىٰ لَه قَبْلَ القَبولِ والردِّ . . فإِنَّ ٱبنَ الموصىٰ لَه مِنَ الجاريةِ الموصىٰ بها يَقومُ مقامَهُ في القَبولِ والردِّ . فإِنْ ردَّها . . بقيتْ علىٰ مِلكِ وَرَثَةِ الموصي . وإِنْ قَبِلَهَا ، فإِنِ ٱحتملَها الثلثُ . . عتقتْ علىٰ الابنِ ؛ لأَنَّا إِنْ قُلنا : إِنَّ المِلكَ يحصلُ بالقَبولِ . . فقدْ

مَلَكَها ٱبنُها بقَبولِهِ . وإِنْ قُلنا : نتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّها مُلكَتْ بموتِ الموصي . . فبقَبولِ الابنِ نتبيَّنُ أَنَّ أَباهُ كانَ قدْ ملكَها ، ثمَّ ٱنتقلتْ منهُ إِرثاً إِلىٰ ٱبنهِ ، فعتقتْ عليهِ .

وإِنْ لَم يحتملْها الثلثُ ، فإِنْ كانَ الابنُ معسِراً . . عتقَ منها ما مَلَكَهُ منها لا غيرَ .

وإِنْ كانَ موسِراً بقيمةِ باقِيْها :

فإِنْ قُلنا : تُملَكُ الوصيَّةُ بنفسِ القَبولِ . . قُوِّمَ باقِيْها علىٰ الابنِ .

وإِنْ قُلنا : نتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّها مُلِكَتْ بموتِ الموصي . . فهلْ تُقوَّمُ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا تقوَّمُ عليهِ ؛ لأَنَّه مَلكَ بعضَها بالإِرثِ مِنْ أَبيهِ ، ومَنْ مَلكَ بالإِرثِ . . لَم يقوَّمْ عليهِ ، كَما لَو وَرِثَ بعضَ أَمَةٍ .

و[الثاني] : قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : تقوَّمُ عليهِ ، وهوَ ٱختيارُ القاضي أَبي الطيِّبِ ؛ لأَنَّه مَلكَ بعضَها بٱختيارِهِ للقَبولِ ، فصارَ كما لَوِ ٱشترىٰ بعضَها ، بخلافِ الإِرثِ فإِنَّه يدخلُ في مِلكهِ بغيرِ ٱختيارِهِ .

فرعٌ : [الوصية للمبعَّض] :

وإِنْ أَوصىٰ رجلٌ لمَنْ نِصْفُهُ حرٌّ ونصفُهُ مملوكٌ لِوارثهِ[1] بثلثِ مالهِ :

فإِنْ لَم يكنْ بينَ العبدِ وبينَ سيِّدهِ مهايأَةٌ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ تصحيحَها يؤدِّي إِلىٰ أَنْ تصحَّ الوصيَّةُ للوارثِ .

وإِنْ كانَ بينهُما مهايأَةٌ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّ الأَكسابَ النادرةَ لا تدخلُ في المهايأَةِ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ أَيضاً ؛ لِما ذكرناهُ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّها تَدخلُ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّ الوصيَّةَ لا تُملَكُ إِلاَّ بنفسِ القَبولِ . . نُظرَ في اليوم الذي قَبِلَ فيهِ

---

(١) أي الموصي .

الموصىٰ لَه الوصيَّةَ ، فإنْ كانَ يومَ نَفْسِهِ . . صحَّتِ الوصيَّةُ لَه ، وَإِنْ كانَ يومَ سيِّدِهِ . . لَمْ تصحَّ الوصيَّةُ .

وإِنْ قُلنا : نتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّ الموصىٰ لَه مَلكَ الوصيَّةَ بموتِ الموصي . . نُظرِ في اليومِ الذي ماتَ فيهِ الموصي ، فإنْ كانَ يومَ الموصىٰ لَه . . صحَّتِ الوصيَّةُ لَه ، وإِنْ كانَ يومَ سيِّدِهِ . . لم تصحَّ الوصيَّةُ .

وغَلطَ بعضُ أَصحابِنا فقالَ : يُعتبرُ يومُ عقدِ الوصيَّةِ ، كما يُعتبرُ في اللُّقطةِ يومُ الوجودِ . وليسَ بشيءٍ .

وإِنْ وَصَّىٰ لمَنْ نِصفُهُ حرٌّ ونصفُهُ مملوكٌ لأَجنبيٍّ . . صحَّتِ الوصيَّةُ . فإِنْ لَم يكنْ بينهُما مهايأَةٌ . . كانتِ الوصيَّةُ بينَهُما . وإِنْ كانَ بينهُما مهايأَةٌ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّ الأَكسابَ النادرةَ لا تدخلُ في المهايأَةِ . . كانتِ الوصيَّةُ بينهُما .

وإِنْ قُلنا : إِنَّها تَدخلُ . . بنيَ علىٰ القولينِ في وَقتِ مِلكِ الوصيَّةِ ، وكانتْ لمَنْ كانَ يومُهُ يومَ مِلكِ الوصيَّةِ .

فرعٌ : [الوصية لعبد رجلٍ] :

وإِنْ وَصَّىٰ رجلٌ لعبدِ رجلٍ وصيَّةً فعَتَقَ العبدُ . . نَظرتَ :

فإِنْ عتقَ في حياةِ الموصي ، ثمَّ قَبِلَ العبدُ المعتقُ الوصيَّةَ بعدَ موتِ الموصي . . فإِنَّ الوصيَّةَ مِلكٌ للعبدِ دونَ مولاَهُ .

وإِنْ عتقَ بعدَ موتِ الموصي ، وبعدَ القَبولِ . . فإِنَّ المالَ للمولىٰ ، لا حقَّ للعبدِ فيهِ . وإِنْ عتقَ بعدَ موتِ الموصي وقبلَ القَبولِ ، ثمَّ قَبلَ العبدُ : فإِنْ قُلنا : إِنَّ الوصيَّةَ تُملكُ بنفسِ القَبولِ . . فإِنَّ الوصيَّةَ مِلكٌ للعبدِ دونَ مولاَهُ . وإِنْ قُلنا : نتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّها مُلكَتْ بموتِ الموصي . . فالوصيَّةُ مِلكٌ للسيِّدِ . فإِنِ ٱمتنعَ العبدُ مِنَ القَبولِ علىٰ هٰذا . . فهلْ يجوزُ للسيِّدِ أَنْ يَقبلَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لَه أَنْ يَقبلَ ؛ لأَنَّ المِلكَ لَه .

والثاني : ليسَ لَه أَنْ يَقبلَ ؛ لأَنَّ الإِيجابَ للعبدِ .

فرعٌ : [الوصية لعبده] :

وإنْ أَوصىٰ رجلٌ بثلثِ مالهِ لعبدهِ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها ـ وهوَ قولُ ٱبنِ الحدَّادِ ـ : أَنَّه يعتقُ ثلثُ العبدِ ؛ لأَنَّ العبدَ مِنْ جُملةِ مالهِ ، والوصيَّةُ عامَّةٌ فيهِ وفي سائرِ أَموالهِ ، فصارَ كما لَو أَوصىٰ لَه بنَفْسِهِ . ولا يقوَّمُ عليهِ باقي نَفْسِهِ ؛ لأَنَّه معسِرٌ بقيمةِ باقيهِ .

و[**الثاني**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يُجمعُ ثلثُ التركةِ في العبدِ ، ويعتَقُ . وإنْ فضلَ مِنَ الثلثِ شيءٌ بعدَ قيمتِهِ . . دُفِعَ إليهِ . وإنْ نَقصَ الثلثُ عَنْ قدرِ قيمتهِ . . عتقَ منهُ بقَدْرِ الثلثِ ورُقَّ باقيهِ ؛ لما رويَ : (أَنَّ رجلاً أَعتقَ ستَّةَ أَعبدٍ في مرضهِ ، فأَعتقَ النبيُّ ﷺ منهُم ٱثنينِ وأَرقَّ أَربعةً)[1] فجمعَ الثلثَ لتكميلِ الحرِّيَّةِ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

و[**الثالثُ**] منهُمْ مَنْ قالَ : لا تصحُّ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّ الموصىٰ بهِ غيرُ الموصىٰ لَه . وإذا لَم يدخلِ العبدُ في الوصيَّةِ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ .

واللهُ أَعلمُ

* * *

---

(١) أخرجه عن عمران بن حصين مسلم (١٦٦٨) في الأيمان ، باب : من أعتق شركاً له في عبد ، وأحمد في « المسند » كما في « الفتح الرباني » (١٥/ ١٨٦) .

بابُ ما يُعتبرُ مِنَ الثلثِ

العَطايا علىٰ ضربينِ : منجَّزةٌ وغيرُ منجَّزةٍ .

فأَمَّا غيرُ المنجَّزةِ : فهوَ ما يوصي بهِ الإنسانُ أَنْ يُخرجَ مِنْ مالِهِ بعدَ موتهِ ، فيُنظرُ فيهِ : فإِنْ وَصَّىٰ بما لَم يلزمْهُ في حياتهِ ، كالهبةِ وصدقةِ التطوُّعِ والمحاباةِ والعتقِ وما أَشبهَ ذٰلكَ . . فإِنَّ ذٰلكَ يُعتبرُ مِنْ ثلثِ تركَتِهِ ، سواءٌ وَقعتِ الوصيَّةُ بهِ في الصحَّةِ أَو في مرضِ الموتِ ، أَو بعضُها في الصحَّةِ وبعضُها في مرضِ الموتِ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ وعدٌ ، بدليلِ أَنَّه يصحُّ الرجوعُ فيها ، وإِنَّما تَلزمُ بموتِ الموصي ، وكلُّها متساويةٌ في وَقتِ اللُّزومِ .

وأَمَّا ما وجبَ عليهِ في حياتهِ ، كالدَّينِ والزكاةِ والكفَّارةِ والحجِّ : فإِنْ لَم يوصِ بها . . وَجبَ قضاؤُها مِنْ رأسِ مالهِ ؛ لأَنَّه إِنَّما مُنعَ مِنَ الزيادةِ علىٰ الثلثِ لحقِّ الوَرثةِ ، وهٰذهِ الأَشياءُ مقدَّمةٌ علىٰ الميراثِ . وإِنْ وَصَّىٰ بها . . نظرتَ :

فإِنْ وصَّىٰ أَنْ تؤدَّىٰ مِنْ رأسِ مالهِ . . أُخرجَتْ مِنْ رأْسِ مالهِ ؛ لأَنَّها في الأَصلِ مِنْ رأْسِ المالِ ، ووَصيَّتُهُ بها تأكيدٌ .

وإِنْ وصَّىٰ أَنْ تُخرجَ مِنْ ثلثِ تركَتهِ . . أُخرجَتْ مِنْ ثلثِ تركتهِ ، وزاحمَ أَصحابَ الوصايا في الثلثِ ؛ لأَنَّه قصدَ الرِّفقَ بالورثةِ . فإِنْ لَم يفِ ما يخصُّ الواجبَ مِنَ الثلثِ . . تُمِّمَ مِنْ رأسِ المالِ علىٰ ما سيأتي بيانُهُ .

وإِنْ وَصَّىٰ أَنْ يُفعلَ عنهُ ، ولَم يَقلْ مِنْ رأْسِ المالِ ، ولا مِنَ الثلثِ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : يُعتبرُ مِنَ الثلثِ ، **وهوَ ظاهرُ النصِّ** ؛ لأَنَّه في الأَصلِ مِنْ رأْسِ المالِ فلمَّا وَصَّىٰ بهِ . . عُلمَ أَنَّه قصدَ الرِّفقَ بالورثةِ في أَنْ يُخرجَ مِنَ الثلثِ .

وقالَ أَكثرُ أَصحابِنا : يُخرجُ مِنْ رأْسِ المال ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّه في الأَصلِ مِنْ

رأسِ المالِ ، والوصيَّةُ بهِ تقتضي التذكاريَّةَ ، والنصُّ محمولٌ عليهِ إذا صرَّحَ بأنْ يُفعلَ مِنَ الثلثِ .

وقالَ أبو عليٍّ بنُ أبي هريرةَ : إنْ لَم يَقرنْ بوصيَّتِهِ بالواجبِ وَصيَّةً أُخرىٰ . . كانَ مِنْ رأسِ المالِ . وإنْ قرنَ بها وَصيَّةً أُخرىٰ تكونُ مِنَ الثلثِ ، بأنْ قالَ : ٱقضوا دَيني ، وأعتقوا عنِّي رقبةً ، أو تصدَّقُوا عنيَ تطوُّعاً بكذا . . كانَ جميعُ ذٰلكَ مِنَ الثلثِ ؛ لأنَّه لمَّا قَرنَ الواجبَ معَ ما يُخرَجُ مِنَ الثلثِ . . عُلِمَ أنَّ الجميعَ مِنَ الثلثِ .

وأمَّا العَطايا المنجَّزةُ : فمثلُ أنْ يهبَ ويُقبِضَ ، أو يبيعَ ويشتريَ بمُحاباةٍ . فإنْ كان ذٰلكَ في صحَّتهِ . . ٱعتُبرَ مِنْ رأسِ مالِهِ وإنْ تأتَّىٰ[1] علىٰ جميعِ مالهِ ؛ لأنَّه لا حقَّ لأحدٍ في مالهِ ، ولا ٱعتراضَ عليهِ . وإنْ فعلَ ذٰلكَ في مرضهِ . . فالمرضىٰ علىٰ ثلاثةِ أضربٍ :

مريضٌ حكمُه حكمُ الصحيحِ ، ومريضٌ حكمُه حكمُ الميِّتِ ، ومريضٌ يُخافُ عليهِ التلفُ مِنْ مرضهِ ويُرجىٰ بُرؤُهُ .

فأمَّا [**الضربُ الأوَّلُ**] الذي حكمُه حكمُ **الصحيحِ** فهوَ : أنْ يكونَ بهِ مرضٌ لا يُخافُ عليهِ منهُ التلفَ ، مثلُ : حمَّىٰ يومٍ ، ووَجعِ الضِّرسِ والصُّداعِ ووجعِ العينِ وما أشبهَ ذٰلكَ . . فهٰذا حكمُ تصرُّفِهِ حكمُ الصحيحِ ؛ لأنَّ هٰذهِ الأشياءَ لا يُخافُ منها التلفُ غالباً ، ولا يخلو الإنسانُ مِنْ مثلِها . وإنِ ٱتَّصلَ الموتُ بهٰذهِ الأشياءِ . . صارَ كمَنْ ماتَ فَجأَةً بلا مرضٍ .

وفي هٰذا المعنىٰ : المرضُ الذي لا يُرجىٰ برؤُهُ ، ولٰكنَّهُ يطولُ بصاحبهِ ، ولا يُعاجِلُهُ الموتُ منهُ ، كالسِّلِ في ٱبتدائهِ ، والفالجِ إذا طالَ بهِ ، وما أشبهَ ذٰلكَ ممَّا لا يُخافُ منهُ معاجلةُ الموتِ . وإنْ تحقَّقَ أنَّها لا تزولُ . . فحكمُهُ حكمُ الصحيحِ ، كتصرُّفِ الشيخِ الهرمِ . هٰذا نقلُ البغداديِّينَ مِنْ أصحابِنا .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤٠٤] : الاعتبارُ بالمآلِ لا بالحالِ ، فلو كانَ مرضاً يَسيراً فماتَ منهُ . . بانَ أنَّا أخطأنا ، وأنَّه مَخوفٌ .

---

(١) **تأتَّىٰ** : تسهل وتهيأ .

وأَمَّا [الضربُ الثاني] المريضُ الذي حكمُهُ حكمُ الميِّتِ فهوَ : الميؤوسُ مِنْ حياتهِ ، مثلُ : أَنْ يكونَ في النَّزعِ وقدْ شَخصَ بَصرُهُ وٱبيضَّتْ عيناهُ ، أَو يكونَ قدْ علاهُ الماءُ ولا يُحسِنُ العومَ ، أَو كانَ قدْ قُطِعَ حلقُهُ ومَرِيئُهُ ، أَو خَرجتْ حشوتُهُ أَو أُبينَتْ ، أَو قُطِعَ بنصفينِ وهوَ يتكلَّمُ ـ وحكىٰ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : أَنَّ رجلاً قُطِعَ بنصفينِ ، فجعلَ يعاتبُ مَنْ فعلَ بهِ ذٰلكَ ـ فهٰذا لا حُكمَ لكلامهِ في وصيَّةٍ ولا عقدٍ ولا إِسلامٍ ولا توبةٍ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنْ جنىٰ جِنايةً ، أَو أَتلفَ مالاً . . لَم يلزمْهُ ضمانُها . وإِنْ قتلَهُ قاتلٌ . . لَم يجبْ عليهِ قَوَدٌ ولا دِيَةٌ ولا كفَّارةٌ ؛ لأَنَّه لَم يبقَ فيهِ حياةٌ مستقِرَّةٌ ، وإِنَّما يتحرَّكُ حركةَ مذبوحٍ ، وهٰذهِ حالةُ فرعونَ التي قالَ بها : ﴿ ءَامَنتُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا ٱلَّذِيٓ ءَامَنَتۡ بِهِۦ بَنُوٓاْ إِسۡرَٰٓءِيلَ وَأَنَا۠ مِنَ ٱلۡمُسۡلِمِينَ ﴾ [يونس : ٩٠] فلَم يُقبلْ منهُ . وهيَ الحالةُ التي قالَ اللهُ تعالىٰ فيها : ﴿ وَلَيۡسَتِ ٱلتَّوۡبَةُ لِلَّذِينَ يَعۡمَلُونَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ حَتَّىٰٓ إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ ٱلۡمَوۡتُ قَالَ إِنِّي تُبۡتُ ٱلۡـَٰٔنَ ﴾ [النساء : ١٨] .

وأَمَّا الضربُ الثالثُ : فهوَ المرضُ الذي يُخافُ منهُ التلفُ غالباً ، وقدْ يُرجىٰ البرءُ منهُ ، فهٰذا إِذا وصَّىٰ فيهِ . . صحَّتْ وَصيَّتُهُ . وإِنْ تصرَّفَ فيهِ . . صحَّ تصرُّفُهُ . وإِنْ أَعتقَ أَو وهبَ وأَقبضَ أَو حابىٰ فيهِ بالبيعِ والشراءِ . . صحَّ جميعُ ذٰلكَ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ ﴾ [البقرة : ١٨٠] ولَم يُرِدْ بهِ الموتَ نَفْسَهُ ؛ لأَنَّه لا يمكنُهُ معَهُ الوصيَّةُ ، وإِنَّما أَرادَ بهِ : إِذا حضرَ سببُ الموتِ .

ورويَ : (أَنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ لمَّا طُعِنَ . . سقاهُ الطبيبُ لبناً ، فخرجَ مِنَ الجرحِ ، فقالَ : اِعهدْ إِلىٰ الناسِ ، فعَهِدَ ، وأَمضتِ الصحابةُ عَهدَهُ) .

فإِنْ كانَ فعلُهُ ذٰلكَ في حالةٍ مَخوفةٍ : فإِنْ بَرِىءَ . . لزمَ الكلَّ ، وإِنْ ماتَ مِنْ مرضِهِ ذٰلكَ . . ٱعتبرتْ تبرُّعاتُه فيهِ مثلُ العتقِ والهبةِ والمحاباةِ من ثلثِ تركتِهِ ؛ لما روى عِمرانُ بنُ الحصينِ : (أَنَّ رجلاً أَعتقَ في مرضِهِ الذي ماتَ فيهِ ستَّةَ مملوكِينَ ، لا مالَ لَه غيرُهُم ، فجزَّأَهُمُ النبيُّ ﷺ ثلاثةَ أَجزاءٍ ، وأَقرعَ بينهُم ، فأَعتقَ ٱثنينِ ، وأَرقَّ أَربعةً) .

وروِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « إِنَّ ٱللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ » .

ولأنَّه في تلكَ الحالةِ يتخوَّفُ الورودَ علىٰ اللهِ ، وقدْ يحملهُ ذٰلكَ الخوفُ علىٰ أَنْ يتصدَّقَ بجميعِ مالهِ تقرُّباً إِلىٰ اللهِ ويتلفُهُ علىٰ الوارثِ ، فيُضِرُّ بهِ ، فلذٰلكَ قُصِرَ تصرُّفُه علىٰ ثلثِ تركَتهِ .

فأَمَّا إِذا أَنفقَ مالَهُ في لذَّاتهِ مِنَ المطْعَمِ والمشربِ والملبسِ . . فإِنَّه يكونُ مِنْ أَصلِ مالهِ وإِنِ ٱستغرقَ جميعَ مالِهِ ؛ لأَنَّ منفعةَ نَفْسِهِ مقدَّمةٌ علىٰ منفعةِ الورثةِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فقدْ ذكرَ الشافعيُّ الأَمراضَ المخوفةَ وغيرَ المخوفةِ ، فبدأَ بذكرِ الحُمَّىٰ ، وهيَ علىٰ ضربينِ : مُطْبِقَةٌ وغيرُ مُطْبِقَةٍ .

فأَمَّا المطبِقةُ : فإِنَّها لا تكونُ مَخوفةً في يومٍ ولا يومينِ . فإِذا أَعطىٰ في تلكَ الحالِ . . لَم يُعتبرْ مِنَ الثلثِ ؛ لأَنَّ العادةَ ما جرتْ بأَنَّ الإِنسانَ يضعفُ بحُمَّىٰ يومٍ ولا يومينِ ، ولا يُخافُ منهُ التلفُ . فإِذا دامتْ وٱتَّصلتْ . . صارتْ مَخوفةً ، وما أَعطاهُ في تلكَ الحالِ ، ٱعتبرَ مِنَ الثلثِ ؛ لأَنَّه يُخافُ منها التلفُ .

وأَمَّا غيرُ المطبقةِ فهيَ : **الغِبُّ**[1] : التي تجيءُ يوماً وتذهبُ يوماً . **والرِّبْعُ** : وهي التي تجيءُ يوماًوتذهبُ يومينِ ، ثمَّ تعودُ في اليومِ الرابعِ ، فهٰذهِ الحمَّىٰ ليستْ بمَخوفةٍ وإِنْ طالتْ زماناً ؛ لأَنَّه وإِنْ ضَعفَ في يومِ الحُمَّىٰ ، فإِنَّه يقوىٰ في يومِ الصِّحَّةِ ، فتكونُ القوَّةُ بإِزاءِ الضعفِ فتتعادلانِ .

قالَ الشافعيُّ : (فإِنْ كانَ معها وجعٌ . . كانَ مخوفاً وذٰلكَ مثلُ البرسامِ ، أَو الرُّعافِ الدائمِ أَو ذاتِ الجنبِ أَو الخاصرةِ أَو القولنجِ[2]) .

---

(١) **الغِبّ** : من كل شيء عاقبته وآخره ، وحمَّىٰ الغب ، يقال غَبَّتْ تغب غِباً : هي التي تنوب يوماً بعد يوم ، مأخوذ من غبِّ الإبل بأن يسقيها يوماً ويتركها يوماً أو أياماً ، وقد وصف حال الحمىٰ المتنبي بقوله :

وزائـــرتـــي كـــأنَّ بهـــا حيـــاءً فليـــس تـــزور إلاَّ فـــي الظـــلام
بـــذلـــت لهـــا المطـــارفَ والحشـــايـــا فعـــافتْهـــا وبـــاتـــتْ فـــي عظـــامـــي

(٢) **القولنج** : مرض معد مؤلم يصعب معه خروج البراز والريح ، وسببه التهاب القولون .

وظاهرُ هٰذا : أَنَّ هٰذهِ الأَمراضَ ليستْ بمخوفةٍ إلاَّ إذا ٱنضافتْ إِلىٰ حُمَّىٰ الغِبِّ أَو الرِّبْعِ .

قالَ أَصحابُنا : وليسَ هٰذا علىٰ ظاهرِه ، بلْ هٰذهِ الأَمراضُ مخوفةٌ وإنِ ٱنفردتْ ، وإِنَّما هيَ معَ الحُمَّىٰ أَشدُّ خوفاً . وقدْ نصَّ علىٰ ذٰلكَ في « الأُمِّ » ؛ لأَنَّ (البِرسامَ) : بخارٌ مِنَ الحُمَّىٰ يرتقي إِلىٰ الرأْسِ أَوِ الصدرِ فيختلطُ معَهُ العقلُ فيَهذي ، فيكونُ مخوفاً . وأَمَّا (الرُّعافُ) : فإِنْ كانَ يسيراً لحظةً أَو ساعةً . . فليسَ بمَخوفٍ . وإِنْ كانَ متَّصلاً دائِماً . . فهوَ مخوفٌ ؛ لأَنَّه يُنزِفُ دمَهُ ، فهوَ كما لَوِ ٱفتصدَ[1] ولَم يَسُدَّهُ .

وأَمَّا (ذاتُ الجنبِ) : فهوَ داءٌ يقعُ في الجنبِ ، فيرمُ وينتفخُ وينفذُ ، ويكونُ ذٰلكَ بقربِ القلبِ ، يؤْلِمُ أَلماً شديداً ، وربَّما ٱنفتحَ إِلىٰ قلبهِ فماتَ عقيبهُ .

وكذٰلكَ (ذاتُ الخاصرةِ) : جرحٌ يقعُ في الخاصرةِ . . فهوَ مخوفٌ . وكذٰلكَ قروحُ الصدرِ والرئَةِ مخوفةٌ ؛ لأَنَّه يصعبُ علاجُ قروحِ الصدرِ ، والرئةُ لا تقبلُ العِلاجَ ؛ لأَنَّها تضطربُ أَبداً وتتحرَّكُ فلا تقبلُ العلاجَ .

(والقولنجُ) : هو أَنْ يَستمسكَ طبعُهُ فيَحمىٰ جسمُهُ ، ويَرتفعَ إِلىٰ رأْسهِ بخاراتٌ نَخْميَّةٌ ، فيختلطَ معَها العقلُ ، فيَهلكَ .

وأَمَّا (القيامُ) : فهوَ إِسهالُ البطنِ ، فإِنْ كانَ مُسترسِلاً بحيثُ لا يَقْدِرُ علىٰ حَبسهِ ، بلْ يخرجُ منهُ بغيرِ ٱختيارهِ . . فهوَ مخوفٌ وإِنْ كانَ قليلاً ؛ لأَنَّ هٰذا لا يكونُ إِلاَّ بسقوطِ القوَّةِ ، ويُخشىٰ منهُ معاجلةُ الموتِ .

وإِنْ كانَ غيرَ مسترسلٍ ، ويمكنُهُ إِمساكُ نَفْسِهِ فيهِ ، فإِنْ كانَ ذٰلكَ يوماً أَو يومينِ ، وليسَ معَهُ دمٌ . . فليسَ بمَخوفٍ ؛ لأَنَّه لا يخافُ منهُ التلفَ إِذْ قدْ يكونُ مِنْ غيرِ علَّةٍ ، وقدْ يكونُ مِنِ ٱمتلاءٍ فيَدفَعُ الطبيعةَ ، فتحلُّ محلَّ الدواءِ .

وإِذا كانَ محتمَلاً . . لَم يُجعلْ مخوفاً . وإِنْ جاوزَ يومينِ . . صارَ مخوفاً ؛ لأَنَّه يُنشِّفُ الرطوبةَ الغريزيَّةَ ، فتغلبُ اليُبوسَةُ عليهِ ، فتؤدِّي إِلىٰ التَّلفِ .

---

(١) الفصد : إخراج مقدار من دم الوريد بقصد العلاج .

فإنِ أنضافَ إِلىٰ القيامِ زُحَيرٌ[1] أَو تقطيعٌ . . كانَ مخوفاً بكلِّ حالٍ . فالزحيرُ : أَنْ يَخرجَ منهُ الشيءُ بشدَّةٍ ومشقَّةٍ وذٰلكَ يَهدُّهُ . والتقطيعُ : أَنْ يَخرجَ منهُ الشيءُ بعدَ الشيءِ متقطِّعاً بشدَّةٍ .

وأَمَّا إِذا كانَ في إِسهالِ يومٍ أَو يومينِ دمٌ . . فقدْ نقلَ المُزنيُّ : (أَنَّه لا يكونُ مخوفاً) ، ونقل الربيع : (أَنه يكونُ مخوفاً) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ :

فمنهُم مَنْ قالَ : **الصحيحُ** ما نَقلَهُ الربيعُ ؛ لأَنَّ الدمَ يخرجُ مِنَ الأَعضاءِ الشريفةِ ، كالكبِدِ والطِّحالِ ونحوِ ذٰلكَ ، وذٰلكَ مخوفٌ .

ومنهم مَنْ قالَ : هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فالذي نقلَهُ الربيعُ : أَرادَ : إِذا كانَ خروجُ الدمِ مِنَ الكبدِ والطحالِ ونحوِهما ؛ لأَنَّ ذٰلكَ عَنْ قُروحٍ بها .

والذي نَقلَهُ المُزنيُّ : أَرادَ : إِذا كانَ خروجُ الدمِ مِنَ **المِقعَدَةِ** ـ وهوَ : البواسيرُ ـ فلا يكونُ مخوفاً ما لَم يتطاولْ ؛ لأَنَّه لا يُخافُ منهُ التلفُ .

فرعٌ : [غلبة خروج الدم والبلغم ونحوهما] :

قالَ الشافعيُّ : (ومَنْ ساورَهُ الدَّمُ حتَّىٰ تغيَّرَ عقلُه أَو المِرارُ ، أَوِ البلغمُ . . كانَ مخوفاً) وهٰذا كما قالَ : إِذا ساورَهُ الدمُ ، أَي غلبَهُ وهاجَ عليهِ : وهوَ أَنْ ينصبَّ الدمُ إِلىٰ طرفٍ مِنْ بَدنهِ مِنْ يدٍ أَو رِجلٍ أَو فَخِذٍ أَو غيرِه ، فينتفخَ ويَرِمَ ويَحْمرَّ[2] . . فهوَ مخوفٌ .

قالَ الشافعيُّ : (تغيَّر عقلُهُ أَنِ لَم يتغيَّرْ ؛ لأَنَّه لا يكونُ مِنْ فَرطِ الحُمَّىٰ ؛ لأَنَّه يذهبُ بالرطوبةِ الغريزيَّةِ ، فيُهلِكُ) .

---

(١) زحيرُ ـ مأخوذ من الزحار ـ : مرض يتميز بتبرز متقطع معظمه دم ومخاط ويصحبه ألم وتعب .

(٢) يحمرَّ ، ثم يسود ، وهو ما يدعىٰ بالغرغرينة ، ثم يؤول إلىٰ الجذام : وهو علة تتآكل منها الأعضاء وتتساقط .

وكذٰلكَ إِذا ساورَهُ المرارُ ـ أَي : وأَتتهُ ، وهيَ الصفراءُ إِذا ٱنصبَّتْ إِلىٰ موضعٍ مِنْ بدنهِ ؛ لأَنَّه يكونُ مِنْ فضلِ الحُمَّىٰ ـ فيخافُ عليهِ .

وإِنْ غلَبَ عليهِ البلغمُ ـ وهو مِنَ الرطوبةِ وٱبتداءِ الفالجِ ـ فهوَ مخوفٌ أَيضاً ؛ لأَنَّه أَوَّلَ ما يثورُ يَستمسكُ لسانُهُ وتَسقطُ قوَّتُهُ ، فربَّما أَطفأَ الحرارةَ الغريزيَّةَ ، فيهلكَ . فإِذا ٱستقرَّ وٱنطلقَ لسانُه . . صارَ فالجاً ، ولَم يكنْ مخوفاً ؛ لأَنَّه لا يُخشىٰ منهُ مُعاجلةُ الموتِ .

وكذٰلكَ السِّلُّ : لا يُخافُ منهُ مُعاجلةُ الموتِ وإِنْ كانَ يتحقَّقُ أَنَّه لا يبرأُ منهُ ، كما أَنَّ الإِنسانَ إِذا كَبِرَ وهَرِمَ يتحقَّقُ أَنَّه لا يعودُ شاباً ، وأَنَّه يموتُ عَنْ كِبَرِهِ ، وليسَ بمخوفٍ .

فرعٌ : [الطاعون مرض مخوف] :

قالَ الشافعيُّ : (الطاعونُ مخوفٌ حتَّىٰ يذهبَ)[1] .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَرادَ : إِذا كانَ بالمرءِ طاعونٌ . . فإِنَّه مخوفٌ حتَّىٰ يذهبَ عنهُ ؛ لأَنَّه مِنْ غلبةِ الدمِ والحُمَّىٰ علىٰ جميعِ بدنهِ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤٠٥] : إِذا حصلَ ببلدٍ طاعونٌ ، فمَنْ كانَ بذٰلكَ البلدِ . . فأَمرُهُ مَخُوفٌ ، وإِنْ لَم يطعنْ بعدُ .

وإِنْ أَشكلَ شيءٌ مِنَ الأَمراضِ : هلْ هوَ مخوفٌ أَو غيرُ مخوفٍ ؟ رُجعَ فيهِ إِلىٰ أَهلِ الصَّنعةِ مِنْ أَهلِ الطبِّ ، كما يُرجعُ فيما أَشكلَ مِنَ الشرعِ إِلىٰ أَهلِ الفقهِ ، ولا يُقبلُ فيهِ أَقلُّ مِنْ طبيبينِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يحلُّ[2] محلَّ الشهادةِ . ولا يقبلُ فيهِ إِلاَّ قولُ مسلمَينِ عدلينِ ، كما قُلنا في الشهادةِ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤٠٥] : ولا يُقبلُ فيهِ قولُ رجلٍ وٱمرأَتينِ ؛ لأَنَّ

---

(١) جاء في هامش نسخة : (لأنه من شدة الحرارة ، إلا أنه في جميع البدن ، وهيجان الدم الذي ذكره يكون في بعضه . ولهٰذا فرق بينهما في الذكر) .
(٢) في (م) : (يحصل) .

المقصودَ إثباتُ المرضِ لا إثباتُ المالِ ، وإنَّما يثبتُ المالُ بشهادةِ رجلٍ وٱمرأتينِ .

وأمَّا المجروحُ : فيُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ الجرحُ نافذاً إلىٰ الدماغِ أوِ البطنِ . . فهوَ مخوفٌ ؛ لمَا رويَ : (أنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ لمَّا طُعِنَ ، سقاهُ الطبيبُ لَبناً ، فخرجَ مِنْ جوفهِ ، فقالَ لَه : اِعهدْ إلىٰ الناسِ) ولأنَّ الهواءَ يدخلُهُ ، وتهبُّ فيهِ الريحُ فتُنَشِّفُ رطوبتَهُ .

وإنْ لَم يكنْ نافذاً . . فحكمُهُ وحكمُ مَنْ ضُرِبَ بِعَصاً أو خشبةٍ أو حجرٍ واحدٌ ، فينظرُ فيهِ ، فإنْ آلمَهُ وحصلَ منهُ ورمٌ وَجمعَ مِدَّةً[1] . . فهوَ مخوفٌ ؛ لأنَّه قدْ يَسري . وإنْ لَم يجمعْ مِدَّةً ، وليسَ فيهِ ورمٌ ولا ألمٌ . . فليسَ بمخوفٍ . فإنْ أخذتِ الجِراحةُ في البُرْءِ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : فقدْ خرجَ عَنْ أنْ يكونَ مَخُوفاً .

فرعٌ : [حمل المرأة ليس بمخوف] :

وأمَّا الحَمْلُ في المرأةِ : فليسَ بمخوفٍ قبلَ الطَّلْقِ .

وقالَ مالكٌ : (إذا بلغتِ المرأةُ ستَّةَ أشهرٍ . . صارتْ مَخوفاً عليها ، فيكونُ تصرُّفها في ثلثِ تَركَتِها) .

وقالَ ٱبنُ المسيِّبِ : الحَمْلُ مَخوفٌ مِنِ ٱبتدائِهِ .

دليلُنا : أنَّ الحَمْلَ ليسَ بحالِ خوفٍ ، وإنَّما هوَ يَقربُ إلىٰ حالِ الخوفِ ، فهوَ كالصِّحَّةِ .

فأمَّا إذا ضربَ الحاملَ الطَّلْقُ ـ وهو وَجعُ الوِلادةِ ـ فهوَ مخوفٌ علىٰ **المنصوصِ عليهِ** . وفيهِ قولٌ آخَرُ : (أنَّه غيرُ مخوفٍ) ؛ لأنَّ السلامةَ منهُ أكثرُ ، **والأوَّلُ أصحُّ** ؛ لأنَّ وَجعَ الوِلادةِ أشدُّ مِنَ المرضِ المَخُوفِ ؛ لأنَّ الولدَ يخرجُ مِنَ الرحمِ الذي ضُيِّقَ رأسُهُ كالإحليلِ ، وربَّما كانَ سبباً لتلفِها .

---

(١) المِدَّة : القيح ، وهي الغثيثة الغليظة ، أما الرقيقة : فهي صديد ، وأمَدَّ الجرحُ إمداداً : صار فيه مِدَّة .

قالَ الشافعيُّ : (وكذٰلكَ طَلْقُ الإسقاطِ) .

قالَ أَصحابُنا : إِنْ أَسقَطَتْهُ لِستَّةِ أَشهرٍ فأَكثرَ . . كانَ مَخوفاً ؛ لأَنَّ وِلادَتَهُ أَشقُّ مِنْ وِلادةِ الحيِّ ؛ لأَنَّ الحيَّ يَسهلُ خروجُهُ للحرارةِ التي فيهِ ، وهيَ الحياةُ . وإِذا كانَ ميِّتاً . . بَرُدَ وثَقُلَ ، فعَسُرَ خُروجُهُ . وإِنْ وَلدتْهُ لِدُونِ ستَّةِ أَشهرٍ . . فليسَ بمخوفٍ ؛ لأَنَّه مضغةٌ أَو شيءٌ لَم يتخلَّقْ ، فهوَ كقِطعةِ لحمٍ ، فلا يشقُّ خروجُهُ .

قالَ الشافعيُّ : (فإِنِ ٱنفصلَ الولدُ وخرجَ . . فليسَ ما بعدَهُ بمَخُوفٍ إِلاَّ أَنْ يكونَ هناكَ جرحٌ وأَلمٌ وضَرَبانٌ[1] . . فيكونُ مخوفاً) .

فرعٌ : [صفة الحرب المخوفة] :

وإِنْ وَقعَ القتالُ بينَ طائفتينِ مسلِمَتينِ ، أَو مسلِمةٍ وكافرةٍ ، أَو كافرتينِ : فإِنْ كانوا يترامونَ مِنْ بُعدٍ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فليسَ بمخوفٍ ؛ لأَنَّه قدْ يُصيبُ الرميُ وقدْ يخطىءُ ، وليستْ إِصابتُهُ بأَولىٰ مِنْ خطئِهِ .

وإِنِ ٱلتحمَ القتالُ ، وٱختلطَ الفريقانِ : فإِنْ كانتْ إِحدىٰ الطائفتينِ أَكثرَ عدداً مِنَ الأُخرىٰ بزيادةٍ كثيرةٍ . . فالقليلةُ مَخوفٌ عليها . وإِنْ كانتا متساويتينِ . . فنقلَ المُزنيُّ : (أَنَّه مخوفٌ عليهِما) .

وقالَ في « الإِملاءِ » : (تُعتبرُ العَطايا مِنْ رأْسِ المالِ) . فالمسأَلةُ علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : أَنَّه مخوفٌ عليهِما ؛ لأَنَّه سببٌ يُخافُ منهُ التلفُ ، فهوَ كالمرضِ المَخوفِ .

والثاني : أَنَّه ليسَ بمخوفٍ عليهِما ؛ لأَنَّه لَم يحدثْ في الجسمِ شيءٌ ، فهوَ كالصحيحِ .

---

(١) في « الصحاح » : وضرب الجرحُ ضرَباناً بفتح الراء ، واستعملها الشافعي في « الأم » (٤/ ٣٥) : (ولا يصيبه فيها ضربان ولا أذىٰ . . .) ، وفي « مختصر المزني » (٣/ ١٧٢) : (ولم يغلبه لها وجع ولا ضربان ولم يأتكل . . .) فلعل المراد توالي ثوران ألم الجرح كالطلقة والتنميل والخدران ونحوه .

وإنْ وَقعَ رجلٌ في أَسرِ الكفَّارِ : فإنْ كانوا[1] قوماً لا يَرونَ قَتْلَ الأَسرىٰ ـ كالرومِ ـ فالأَسرُ معَهم ليسَ بمخوفٍ ؛ لأنَّ عادتَهم أنَّهم يحبِسونَ الأَسرىٰ ولا يقتلُونَهم .

وإنْ كانوا قوماً يَرونَ قَتْلَ الأَسرىٰ . . فنقلَ المُزنيُّ : (أنَّه مخوفٌ) .

وقالَ في « الإملاءِ » : (ليسَ بمخوفٍ) . فالمسأَلةُ علىٰ قولينِ وتعليلُهما ما مضىٰ .

وإنْ رَكبَ في البحرِ ، فهبَّتِ الرياحُ وٱرتفعتِ الأَمواجُ وٱلتطمتْ ـ وإنْ لَم تنكسرِ السفينةُ ـ ففيهِ قولانِ ، وتعليلُهما ما ذكرناهُ[2] .

وإنْ كانَ لمسلِمٍ علىٰ مسلِمٍ قتلُ قِصاصٍ وقُدِّمَ لِقتلِ القِصاصِ . . فنَقلَ المُزنيُّ : (أنَّه غيرُ مخوفٍ ما لَم يُجرحْ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فقالَ أَبو إِسحاقَ : هيَ علىٰ قولينِ كالمسائلِ الثلاثِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : ليسَ بمخوفٍ قولاً وَاحداً ؛ لأَنَّ اللهَ خلقَ الرحمةَ والرأفةَ في قلبِ المؤمنِ ، وقدْ يَرِقُّ لأَخيهِ المسلمِ إذا قَدَرَ عليهِ ، ويَعفو عَنِ القِصاصِ . ولا رحمةَ في قلبِ الكافرِ علىٰ المسلِمِ فيُرجىٰ منهُ تركُ القتلِ . وكذٰلكَ في حالِ ٱلتحامِ القتالِ وٱرتفاعِ الأَمواجِ لا يوجدُ هٰذا المعنىٰ .

مسأَلةٌ : [تبرعات الثلث المنجَّزة والمؤخَّرة] :

وإنْ عَجزَ الثلثُ عَنِ التبرُّعاتِ . . فلا تخلو التبرُّعاتُ : إمَّا أَنْ تكونَ منجَّزةً أَو مؤخَّرةً ، أَو بعضُها منجَّزاً وبعضُها مؤخَّراً .

فإنْ كانتْ منجزَّةً ، مثلُ : أَنْ باعَ وحابىٰ أَو وهبَ وأَقبضَ أَو أَعتقَ عتقاً نافذاً . . نظرتَ : فإنْ كانتْ تبرُّعاتُهُ وَقعتْ في جنسٍ وَاحدٍ مِنَ التصرُّفاتِ ، مثلِ : المحاباةِ أَوِ

---

(١) في (م) : (كان الكفار) .
(٢) في (م) : (ما مضىٰ) .

الهبةِ أَوِ العتقِ ، فإِنْ فعلَ ذٰلكَ متفرِّقاً ، مثلَ : أَنْ أَعتقَ عبداً ثمَّ أَعتقَ عبداً ، أَو حابىٰ ثمَّ حابىٰ . . فإِنَّه يَبدأُ بالأَوَّلِ فالأَوَّلِ . فإِنِ ٱستوفىٰ الثلثَ بالأَوَّلِ . . لزمَ ، وكانَ ما بعدَهُ موقوفاً علىٰ إِجازةِ الوَرثةِ . وإِنْ بقيَ مِنَ الثلثِ شيءٌ بعدَ الأَوَّلِ . . لزمَ مِنَ الثاني بقَدْرِ ما بقيَ مِنَ الثلثِ ، وما زادَ علىٰ الثلثِ موقوفٌ علىٰ إِجازةِ الوَرثةِ ؛ لأَنَّ المريضَ لا يَنفذُ تبرُّعُهُ إِلاَّ في ثلثِ التركةِ ، وقدْ سَبقَ الأَوَّلُ ، فقُدِّمَ لسَبْقِهِ ، فلزمَ في حقِّ الوَرثةِ .

وإِنْ وَقعتْ تبرُّعاتهُ في حالةٍ وَاحدةٍ . . نظرتَ : فإِنْ كانتْ عتقاً ، بأَنْ قالَ لجماعةِ عبيدٍ : أَعتقتُكُم . . أُقرِعَ بينهُم ، ويُعتَقُ منهُم قَدْرُ ثلثِ التركةِ ؛ لَما روىٰ عِمرانُ بنُ الحصينِ : (أَنَّ رجلاً أَعتقَ في مرضِ موتهِ ستَّةَ مملوكينَ لَه ، فأَقرعَ النبيُّ ﷺ بينهُم بعدَ موتهِ ، فأَعتقَ ٱثنينِ وأَرَقَّ أَربعةً) .

وإِنْ كانَتْ تبرُّعاتهُ محاباةً أَو هبةً ، بأَنْ باعَ جماعةً بكلمةٍ واحدةٍ وحاباهمُ ، أَو وَهبهُم وأَقبضهُم في حالةٍ واحدةٍ ، أَو وَكَّلَ مَنْ فعلَ ذٰلكَ عنهُ ، ووَقعَ ذٰلكَ في حالةٍ وَاحدةٍ . . قُسِّطَ الثلثُ بينهُم علىٰ قَدْرِ محاباتِهم .

والفرقُ بينَ العتقِ وغيرِهِ مِنَ التبرُّعاتِ : أَنَّ القصدَ مِنَ العتقِ تكميلُ الأَحكامِ ، ولا يَحصلُ ذٰلكَ إِلاَّ بعتقِ جميعِ الرقَبةِ ، والقصدَ مِنْ غيرِ العتق الملكُ للموصىٰ لَه ، وذٰلكَ يحصلُ وإِنْ مَلكَ الموصىٰ لَه بعضَ ما وُصِّيَ لَه بهِ .

وإِنْ كانتْ تبرُّعاتُه في أَجناسٍ مِنَ التصرُّفاتِ ، مثلُ أَنْ أَعتقَ وباعَ وحابىٰ ووَهبَ وأَقبضَ : فإِنْ وَقعَ ذٰلكَ في حالةٍ واحدةٍ ، مثلُ أَنْ وَكَّلَ مَنْ يبيعُ مِنْ رجلٍ بيعاً فيهِ محاباةٌ ، ووَكَّلَ آخرَ يهبُ من رجلٍ عيناً ويُقبضَهُ ، وأَعتقَ هوَ أَو وكيلُهُ عبداً ، أَو وَقعتْ هٰذهِ التصرُّفاتُ في حالةٍ وَاحدةٍ ، ولَم يحتملِ الثلثُ جميعَها . . قُسِّطَ الثلثُ بينَ الجميعِ علىٰ التساوي إِنْ تساوتْ عطاياهُم ، وعلىٰ التفاضلِ إِنْ تفاضلَتْ ؛ لأَنَّه لا مزيَّةَ لبعضِهم علىٰ بعضٍ في السَبْقِ . وإِنْ وَقعتْ هٰذهِ التصرُّفاتُ متفرِّقةً . . قُدِّمَ الأَوَّلُ فالأَوَّلُ علىٰ ما ذكرناهُ في الجنسِ الواحدِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ حابىٰ أَوَّلاً ثمَّ أَعتقَ . . قُدِّمتِ المحاباةُ . وإِنْ أَعتقَ أَوَّلاً ثمَّ حابىٰ . . سُوِّيَ بينَهُما ؛ لأَنَّ العتقَ حقٌّ للهِ تعالىٰ ، والمحاباةَ حقٌّ للآدميِّ ، فلَم يقدَّمْ حقُّ اللهِ ، كما لَو أَعتقَ المريضُ عبداً ثمَّ أَقرَّ بدَينٍ لآدميٍّ ، فإِنَّ الدَّينَ مقدَّمٌ) .

ودليلُنا : أنَّهما عطيَّتانِ منجَّزتانِ ، لوِ ٱنفردتْ كلُّ وَاحدةٍ . . لَلَزِمَتْ . فإذا ٱجتمعتا ولَم يحتملْهُما الثلثُ . . قُدِّمتِ الأُولىٰ منهما ، كما لَو حابىٰ أَوَّلاً ، ثُمَّ أَعتقَ .

فقولُنا : (منجَّزتانِ) ٱحترازٌ ممَّا لو كانتا مؤخَّرتينِ ، أَو إِحداهُما منجَّزةً والأُخرىٰ مؤخَّرةً .

وقولُنا : (لوِ ٱنفردتْ كلُّ وَاحدةٍ لَلَزِمَتْ) ٱحترازٌ مِنَ البيعِ الفاسدِ . وما ذكروهُ مِنَ الإقرارِ بالدَّينِ بعدَ العتقِ ، فإِنَّ الدَّينَ لَم يجبْ بالإقرارِ ، وإنَّما وُجوبُهُ متقدِّمٌ علىٰ العتقِ ، فلذٰلكَ قُدِّمَ علىٰ العتقِ .

وإِنْ كانتِ التبرُّعاتُ مؤخَّرةً ـ وهوَ : ما يوصي أَنْ يُفعلَ عنهُ بعدَ موتهِ ، مِنْ عتقٍ وكتابةٍ ومحاباةٍ وهبةٍ وصدقةٍ وما أَشبهَ ذٰلكَ ـ نَظرتَ :

فإِنْ كانتْ وَصاياهُ بجنسٍ وَاحدٍ ، ولَم يحتملْها الثلثُ ، فإِنْ كانتْ عتقاً . . أُقرِعَ بينَ الجميعِ ؛ لأَنَّ القصدَ تكميلُ الأَحكامِ بالعتقِ ، وذٰلكَ لا يحصلُ[1] إلاَّ بعتقِ جميعِ الرقَبةِ . وإِنْ كانتْ محاباةً أَو هبةً أَو صدقةً . . قُسِّمَ الثلثُ بينَ الجميعِ ، سواءٌ وَقعتْ متفرِّقةً أَو في وَقتٍ وَاحدٍ ؛ لتساوي الجميعِ في وَقتِ اللُّزومِ ، وهوَ عندَ الموتِ .

وإِنْ كانتْ وَصاياهُ بأَجناسٍ ، فإِنْ لَم يكنْ معَها عتقٌ . . قُسِّمَ الثلثُ بينَ الجميعِ ؛ لمَا ذكرناهُ . وإِنْ كانَ معَها عتقٌ ، بأَنْ أَوصىٰ بمحاباةٍ وهبةٍ وعتقٍ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُقَسَّطُ الثلثُ بينَ الجميعِ بالحِصَصِ ؛ لتساوي الجميعِ في وقتِ اللُّزومِ .

والثاني : يُقدَّمُ العتقُ علىٰ غيرهِ ؛ لأَنَّ لَه مزيَّةً في السِّرايةِ[2] .

وإِنْ أَوصىٰ بمحاباةٍ وهبةٍ وتفرقةِ شيءٍ مِنْ مالهِ علىٰ المساكينِ ، وعجزَ الثلثُ عَنْ جميعِ ذٰلكَ :

فقالَ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : يُقَسَّطُ الثلثُ بينَ الجميعِ علىٰ الحِصصِ قولاً واحداً ؛ لأَنَّه لا مزيَّةَ لبعضِها علىٰ بعضٍ .

---

(١) في (م) : (لا يجوز) .

(٢) السِّراية ، مأخوذ من السُّرى : سير الليل ، فيقال : سريت وأسريت .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤٠٦] : وهلْ تقدَّمُ الوصيَّةُ للمساكينِ علىٰ غيرِها ؟ فيهِ قولانِ ، كالعتقِ معَ غيرِهِ ، **والأوَّلُ أصحُّ** ؛ لأنَّ العتقَ لَه مزيَّةٌ بالسِّرايةِ ، وهٰذا لا يوجدُ في الوصيَّةِ للمساكينِ .

وإنْ كانتِ الوصيَّةُ بمحاباةٍ وهبةٍ وكتابةٍ . . فٱختلفَ أصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : هلْ تقدَّمُ الكتابةُ علىٰ غيرِها ؟ فيهِ قولانِ ؛ لِمَا في الكتابةِ مِنَ العتقِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : لا تقدَّمُ الكتابةُ قولاً واحداً ؛ لأنَّه لا سِراية للكتابةِ .

وإنْ كانَ بعضُ التبرعاتِ منجَّزةً وبعضُها مؤخَّرةً . . قدِّمتِ المنجَّزةُ ، سواءٌ تقدَّمتْ أو تأخَّرتْ ، عتقاً كانتْ أو غيرَهُ ؛ لأنَّها أقوىٰ ، بدليلِ أنَّ الكلَّ يلزمُ في حقِّ المتصرِّفِ ولو لَم يمتْ في مرضهِ ذٰلكَ ، والمؤخَّرةُ لا تلزمُ في حياتهِ بحالٍ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (إذا أعتقَ عبداً في مرضهِ ، ثمَّ أوصىٰ بعتق آخرَ ، ولَم يحتملْهما الثلثُ . . سُوِّي بينهُما) .

دليلُنا : أنَّهما عطيَّتانِ ، إحداهُما منجَّزةٌ والأُخرىٰ مؤخَّرةٌ ، فقدِّمتِ المنجَّزةُ ، كما لَو باعَ وحابىٰ ، ثمَّ أوصىٰ بعتقِ عبدٍ .

فرعٌ : [ينفذ تعليق عتق مشروط إن احتمله الثلث] :

إذا كانَ لَه عبدانِ ـ سالمٌ وغانمٌ ـ فقالَ في مرض موتهِ : إذا أعتقتُ سالماً . . فغانمٌ حرٌّ ، فأعتقَ سالماً ، فإنِ ٱحتملَهُما الثلثُ . . عَتَقَ سالمٌ بالمباشرةِ ، وعتقَ غانمٌ بالصفةِ . وإنْ لَم يحتملْهُما الثلثُ . . عتقَ سالمٌ ؛ لأنَّه سابقٌ ، ولَم يعتقْ غانمٌ ؛ لأنَّ عِتقَهُ متأخِّرٌ .

وإنْ قالَ : إذا أعتقْتُ سالماً . . فغانمٌ حرٌّ حالَ عتقِ سالمٍ ، فأعتقَ سالماً وٱحتملَهُما الثلثُ . . فٱختلفَ أصحابُنا فيها :

فقالَ القاضي أبو الطيِّبِ : يعتقُ سالمٌ ولا يعتقُ غانمٌ ؛ لأنَّ إعتاقَ سالمٍ شرطٌ لإعتاقِ غانمٍ ، والمشروطُ لا يصحُّ وُقوعهُ معَ الشرطِ ولا قبْلَهُ .

وقالَ أكثرُ أصحابِنا : يعتقانِ معاً ؛ لأنَّه جَعلَ حالَ عِتقِ سالمٍ صفةً لعتقِ غانمٍ ، وتأَخُّرُ حرفٍ مِنْ لفظِ عتقِ سالمٍ يُعلمُ بوجودِ الشرطِ ، فوقعَ المشروطُ .

فإذا قُلنا بهٰذا : ولَم يحتملْهُما الثلثُ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو العبَّاسِ ابنُ سريجٍ ، والشيخُ أَبو حامدٍ ، **وأكثرُ أَصحابِنا** : يعتقُ سالمٌ ولا يعتقُ غانمٌ ؛ لأَنَّ عتقَهُما وَقعَ في حالةٍ وَاحدةٍ ، ولا يمكنُ الإقراعُ بينهُما ؛ لأَنَّا لَو أَقرعنا بينهُما . . لَم يُؤمَنْ أَنْ تَخرجَ قرعةُ العتقِ علىٰ غانمٍ فيُرَقَّ سالمٌ . وإذا رقَّ سالمٌ . . لَم يعتقْ غانمٌ ، فيؤدِّي إثباتُ عتقِ غانمٍ إلىٰ نفيهِ ، وما أَدَّىٰ إثباتُه إلىٰ نفيهِ . . سقطَ إثباتُهُ .

و**[الثاني]** : قالَ الشيخُ أَبو إسحاقَ : لا يعتَقُ وَاحدٌ منهُما ؛ لأَنَّ الإقراعَ بينهُما لا يمكنُ ؛ لِمَا ذكرناهُ ، ولا يمكنُ تقديمُ عتقِ سالمٍ ؛ لأَنَّ عتقَهُما وَقعَ في حالةٍ واحدةٍ ، ولا مزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخرِ ، فسقطَ عِتقُهما .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وإنْ قالَ لغانمٍ : إذا أَعتقتُ سالماً . . فأَنتَ حرٌّ قبلَهُ ، ثمَّ أَعتقَ سالماً في مرضِ موتهِ ، فإنْ خرجا مِنَ الثلثِ . . عتقا ، وتَبيَّنّا أَنَّ عتقَ غانمٍ قَبْلَ سالمٍ . وإنْ لَم يحتملْهُما الثلثُ . . عتقَ سالمٌ دونَ غانمٍ ؛ لِمَا ذكرناهُ .

قلتُ : وعلىٰ قولِ الشيخِ أَبي إسحاقَ في التي قبلَها : لا يعتقُ هاهُنا واحدٌ منهُما ؛ لأَنَّ عتقَ سالمٍ شَرطٌ لعِتقِ غانمٍ ، فإذا لَم يعتقْ عبدُهُ في الأُولىٰ ـ وعِتقُهُ وعتقُ غانمٍ يَقعُ في حالةٍ وَاحدةٍ ـ فلأَنْ لا يعتَقَ عبدُه هاهُنا ـ وعِتقُ غانمٍ قَبلَهُ ـ أَولىٰ . وكذٰلكَ علىٰ قولِ القاضي أَبي الطيِّبِ في التي قَبْلَها : لا يعتَقُ غانمٌ وإنِ ٱحتملَهُما الثلثُ ؛ لأَنَّ المشروطَ لا يتقدَّمُ علىٰ الشرطِ . **والأَوَّلُ هوَ المشهورُ** .

فإنْ كانَ لَه ثلاثةُ أَعْبُدٍ ـ سالمٌ وغانمٌ وفائقٌ ـ فقالَ في مرضِ موتهِ : إذا أَعتقتُ سالماً . . فغانمٌ وفائِقٌ حُرَّانِ ، ثمَّ أَعتقَ سالماً ، فإنِ ٱحتملَ الثلثُ عَتَقَ جميعِهِم . . عتقوا . وإنِ ٱحتملَ الثلثُ عتقَ أَحدِهم لا غيرَ . . عَتَقَ سالمٌ ، لأَنَّ عتْقَهُ سابقٌ . وإنِ ٱحتملَ الثلثُ عَتْقَ سالمٍ وعَتْقَ أَحدِ الآخرَينِ . . عَتَقَ سالمٌ ، وأُقرعَ بينَ غانمٍ وفائقٍ ؛ لأَنَّ عتقَهُما وَقعَ في حالةٍ وَاحدةٍ .

وإنْ قالَ لغانمٍ وفائقٍ في مرضِ موتهِ : أنتما حرَّانِ حالَ عتقِ سالمٍ ، ثمَّ أعتقَ سالماً ، وٱحتملَ الثلثُ عتْقَ جميعِهِم . . فعلىٰ قولِ القاضي أبي الطيِّبِ في التي قبلَها : يعتَقَ سالمٌ ولا يعتَقُ غانمٌ وفائِقٌ . وعلىٰ **قولِ عامَّةِ أصحابِنا** : يعتَقُ جميعُهم .

فإذا قُلنا بهٰذا : ولَم يحتملِ الثلثُ إلاَّ عتْقَ وَاحدٍ . . فعلىٰ قولِ الشيخ أبي إسحاقَ في التي قبلَها : لا يُعتَقُ وَاحدٌ مِنَ الثلاثةِ . وعلىٰ **قولِ عامَّةِ أصحابِنا** : يُعتَقُ سالمٌ ولا يُعتَقُ غانمٌ وفائِقٌ .

فإذا قُلنا بهٰذا : وٱحتملَ الثلثُ عَتقَ ٱثنينِ . . عتقَ سالمٌ ؛ لأَنَّ عتقَهُ متقدِّمٌ ، وأُقرِعَ بينَ غانمٍ وفائِقٍ ؛ لأَنَّ عتقَهُما في حالةٍ واحدةٍ .

فرعٌ : [تعلق العتق بمرض الموت علىٰ صفة] :

قالَ أَبو العبَّاسِ : إذا قالَ الرجلُ لعبدهِ في مرضِ موتهِ : إذا تزوَّجتُ . . فأنتَ حرٌّ ، فتزوَّجَ ٱمرأَةً بمهرِ مثلِها . . ٱعتُبِرَ المهرُ مِنْ رأْسِ المالِ ، وعتقَ العبدُ مِنَ الثُّلثِ لوجودِ الصفةِ . وإنْ تزوَّجها بأكثرَ مِنْ مهرِ مثلِها . . كانَ قَدْرُ مهرِ مثلِها مِنْ رأْسِ المالِ .

وأَمَّا الزيادةُ علىٰ مهرِ مثلِها ، فإنْ كانتْ وارثةً لَه . . لَم تستحقَّها ؛ لأَنَّ المحاباةَ وصيَّةٌ ، والوصيَّةُ لا تصحُّ للوارثِ . ويُعتَقُ العبدُ مِنَ الثُّلثِ .

وإنْ كانتْ غيرَ وَارثةٍ ، بأَنْ كانتْ ذمِّيَّةً وهوَ مسلمٌ ، أَو أَبانَها قَبْلَ موتهِ ، وقُلنا : لا ترثُهُ . . صحَّتْ لَها المحاباةُ مِنَ الثُّلثِ . فإنِ ٱحتملَ الثُّلثُ المحاباةَ وعِتقَ العبدِ . . نَفذَا . وإنْ لَم يحتملْهُما الثُّلثُ . . قُدِّمتِ المحاباةُ ؛ لأَنَّها سابقةٌ ؛ لأَنَّها تَثبتُ بنفسِ العقدِ ، والعتقُ يَقعُ بعدَ العقدِ .

وإنْ قالَ لعبدهِ في مرضِ موتهِ : إذا تزوَّجتُ . . فأنتَ حرٌّ حالَ تزويجي ، ثمَّ تزوَّجَ ٱمرأَةً بمهرِ مثلِها . . ٱعتُبرَ مَهرُ المِثلِ مِنْ رأْسِ المالِ وعتقَ العبدُ مِنَ الثُّلثِ .

وإنْ تزوَّجها بأَكثرَ مِنْ مَهرِ مِثلِها ، فإنْ كانتْ وَارثةً . . لَم تستحقَّ الزيادةَ ، وعَتقَ العبدُ مِنَ الثُّلثِ . وإنْ كانتْ غيرَ وارثةٍ . . ٱستَحقَّتِ المحاباةَ ، فإنِ ٱحتملَ الثُّلثُ المحاباةَ والعِتقَ . . نَفذَ الجميعُ . وإنْ لَم يحتملْهُما . . قُسِّمَ الثُّلثُ بينَ المُحاباةِ والعِتقِ علىٰ قَدْرِهما ؛ لأَنَّهما وقعا في حالةٍ وَاحدةٍ .

والفرقُ بينَ هٰذهِ وبينَ العِتقِ : أنَّ الصفةَ هاهُنا هوَ التزويجُ ، والتزويجُ لا يَبطلُ بٱنتقاضِ المُحاباةِ .

فرعٌ : [علق في مرض موته عتق عبده علىٰ شراء] :

قالَ أَبو العبّاسِ : إذا قالَ في مرضِ موتهِ لعبدهِ غانمٍ : إذا ٱشتريتُ سالماً . . فأَنتَ حرٌّ في حالِ شرائي لَه ، ثمَّ ٱشتراهُ وحابىٰ فيهِ ، ولَم يحتملِ الثُّلثُ المحاباةَ والعِتقَ . . قُسِّمَ الثُّلثُ بينَ المُحاباةِ والعِتقِ علىٰ قَدْرِهما ؛ لأَنَّ الشراءَ يتمُّ في جميعِ سالمٍ وإِنْ لَم يتمَّ لبائِعهِ جميعُ المحاباةِ ، فصفةُ العِتقِ توجدُ .

وإِنْ قالَ لغانمٍ في مرضِ موتهِ : إذا بعتُ سالماً . . فأَنتَ حرٌّ في حالِ بيعي لَه ، فباعَ سالماً وحابىٰ فيهِ ، ولَم يحتملْهُما الثُّلثُ . . قُدِّمتِ المُحاباةُ ؛ لأَنَّ البيعَ لا يتمُّ في جميعِ سالمٍ إلاَّ بأَنْ تحصلَ جميعُ المحاباةِ للمشتري . وإِذا لَم يتمَّ البيعُ في جميعِ سالمٍ . . لَم توجدْ صفةُ عتقِ غانمٍ ، وهٰذا **ظاهرُ كلامِ الشافعيِّ** ، وبهِ قالَ ٱبنُ الحدَّادِ .

وقالَ ٱبنُ القاصِّ وٱبنُ اللَّبانِ : تُقدَّمُ المحاباةُ فيهِما ؛ لأَنَّ الثمنَ يقابلُ جميعَ العبدِ ، فإِذا سقطَ بعضُ الثمنِ . . بطلَ البيعُ فيما يقابلُهُ مِنَ العبدِ ، فلا توجدُ صفةُ العِتقِ ، وقدْ مضىٰ ذٰلكَ في البيوعِ .

فرعٌ : [وصىٰ بقضاء دينه أو أن يحج عنه من الثُّلث] :

إذا أَوصىٰ أَنْ يُقضىٰ دَينُهُ أَو يُحجَّ عنهُ حَجَّةَ الإِسلامِ مِنَ الثُّلثِ ، وأَوصىٰ بتبرعاتٍ ولَم يحتملْها الثُّلثُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُقدَّمُ الدَّينُ أَوِ الحجُّ في الثُّلثِ ، فإِنْ فَضَلَ مِنَ الثُّلثِ شيءٌ بعدَ ذٰلكَ . . صُرِفَ إِلىٰ وَصايا التبرُّعاتِ . وإِنْ لَم يَفضُلْ شيءٌ . . سَقطتِ الوَصايا بالتبرُّعاتِ ؛ لأَنَّ الدَّينَ أَوِ الوصيَّةَ بحَجَّةِ الإِسلامِ فرضٌ ، والتبرُّعاتِ تطوُّعٌ ، والفرضُ آكدُ ، فقُدِّمَ .

والوجه الثاني : يُقَسَّطُ الثُّلثُ علىٰ قَدْرِ الدَّينِ وقدرِ الوصيَّةِ بالتبرُّعِ ، أَو علىٰ قدرِ أُجرةِ المِثلِ وقَدْرِ الوصيَّةِ بالتبرُّعِ ، ثمَّ يُتمَّمُ الدَّينُ أَو أُجرةُ المِثلِ مِنْ رأْسِ المالِ ؛ لأَنَّ

الدَّينَ وأُجرةَ المِثلِ علىٰ حَجَّةِ الإسلامِ مِنْ رأسِ المالِ ، فإذا جَعلَهُما مِنَ الثُّلثِ . . فقدْ قَصدَ الرِّفقَ بالورثةِ ، فقَسَّطَ الثُّلثَ علىٰ الجميعِ ، وتَمَّمَ الواجبَ مِنْ رأسِ المالِ ؛ لأَنَّه لا بدَّ مِنْ تمامهِ .

فعلىٰ هٰذا : إذا كانَ عليهِ أَربعونَ درهماً دَيناً ، وأَوصىٰ أَنْ يُقضىٰ ذٰلكَ مِنْ ثُلثِهِ ، وأَوصىٰ لآخَرَ بثلثِ مالِهِ ، وماتَ ، وخلَّفَ مئةً وعشرينَ درهماً ، ولَم يُجزِ الورثةُ . . فالعملُ فيهِ : أَنَّكَ تعزلُ[١] أَربعينَ درهماً لصاحبِ الدَّينِ ، فلَهُ منها سهمٌ وصيَّةً ، والباقي تمامُ دَينهِ مِنْ رأسِ المالِ ، ويبقىٰ للورثةِ وللموصىٰ لَه بالثُّلثِ ثمانونَ درهماً ، للموصىٰ لَه مِنْها سهمٌ وصيَّةً ، وللورثةِ أَربعةُ أَسهمٍ مِثْلا السهمينِ الموصىٰ بهما . فإذا قَسَّمتَ الثمانينَ علىٰ الخمسةِ الأَسهمِ . . أَصابَ كلَّ سهمٍ ستَّةَ عَشَرَ ، فيُعلَمُ أَنَّ سهمَ الوصيَّةِ مِنَ الأَربعينَ ستَّةَ عَشرَ ، فتُضَمُّ إلىٰ الثمانينَ ، فيكونُ الجميعُ ستَّةً وتسعينَ ، ثلثُ ذٰلكَ اثنانِ وثلاثونَ : لصاحبِ الدَّينِ ستَّةَ عشرَ ، وللموصىٰ لَه ستَّةَ عَشرَ ، وما زادَ علىٰ ستَّةٍ وتسعينَ ـ وهوَ : أَربعةٌ وعشرونَ ـ تمامُ الدَّينِ .

فإنْ كانتِ المسأَلةُ بحالِها ، وأَوصىٰ لرجلٍ بثلثِ مالهِ ، وعليهِ دَينٌ أَربعونَ درهماً ، وأَوصىٰ أَنْ يُقضىٰ ذٰلكَ مِنْ ثُلثِهِ ، وأَوصىٰ أَنْ يُحجَّ عنهُ حَجَّةَ الإسلامِ مِنْ ثُلثِهِ ، ولَمْ يُوجدْ مَنْ يَحجُّ عنهُ مِنَ الميقاتِ إلاَّ بأَربعينَ ، ولَم يُجزِ الورثةُ ما زادَ علىٰ الثُّلثِ . . فإنَّكَ تَعزِلُ لصاحبِ الدَّينِ أَربعينَ : لَه منها سهمٌ وَصيَّةً ، والباقي تمامُ دَينهِ مِنْ رأْسِ المالِ . وتَعزِلُ للحجِّ أَربعينَ : يخرجُ منها سهمٌ وَصيَّةً ، والباقي منها تمامُ أُجرةِ المِثلِ مِنْ رأسِ المالِ . ويبقىٰ للورثةِ وللموصىٰ لَه بالثُّلثِ أَربعونَ : للموصىٰ لَه منها سهمٌ وَصيَّةً ، وللوَرثةِ ستَّةُ أَسهمٍ مِثلا أَسهمِ الوصيَّةِ . فإذا قَسَّمتَ الأَربعينَ علىٰ سبعةِ أَسهمٍ . . أَصابَ كلَّ سهمٍ خمسةَ دراهمَ وخمسةَ أَسباعِ درهمٍ ، فيُعلَمُ أَنَّ السهمَ الموصىٰ بهِ مِنَ الأَربعينَ التي للدَّينِ مثلُ ذٰلكَ ، ومِنَ الأَربعينَ التي للحَجِّ مثلُ ذٰلكَ ، وما زادَ علىٰ السهمينِ تمامٌ للدَّينِ والأُجرةِ . فإذا أَضفتَ السهمينِ إلىٰ الأَربعينَ التي للموصىٰ لَه وللورثةِ . . كانَ جميعُ ذٰلكَ أَحداً وخمسينَ درهماً وثلاثةَ أَسباعِ درهمٍ ، الثُّلثُ مِنَ ذٰلكَ سبعةَ عشرَ

---

(١) في (م) : (تنزع) .

درهماً وسُبْعُ درهمٍ بينهُم أثلاثاً ؛ لتساوي وَصاياهُم ، فيحصلُ لكلِّ وَاحدٍ خمسةُ دراهمَ وخمسةُ أَسباعِ درهمٍ . والثُّلثانِ أَربعةٌ وثلاثونَ درهماً وسُبْعا درهمٍ ، وما زادَ علىٰ أَحدٍ وخمسينَ وثلاثةِ أَسباعِ درهمٍ تمامُ الدَّينِ ، والأُجرةُ بينَهما نصفانِ ؛ لتساوي حقَّيهِما . وإِنْ تفاضلتِ الحقوقُ . . كانتِ القسمةُ علىٰ التفاضلِ علىٰ هٰذا العملِ .

مسأَلةٌ : [الوصية بثلث عين من المال] :

إِذا أَوصىٰ لرجلٍ بثلثِ عينٍ مِنْ مالهِ مِنْ دارٍ أَو أَرضٍ أَو عبدٍ ، ثمَّ ماتَ الموصي ، فٱستُحقَّ ثلثا العينِ الموصىٰ بها ، أَو هلَكَ ثُلثاها وبقيَ ثُلُثها ، وللموصي مالٌ آخَرُ يخرجُ ذٰلكَ الثُّلثُ منهُ . . ٱستحقَّ الموصىٰ لَه الثُّلثَ الباقي مِنَ العينِ الموصىٰ بها . **وبهِ قالَ كافَّةُ العلماءِ** .

وقالَ أَبو ثورٍ ، وزُفرُ ، وأَبو العبَّاسِ ابنُ سريجٍ : لا يستحقُّ الموصىٰ لَه إِلاَّ ثلثَ ما بقيَ مِنَ العينِ الموصىٰ بها ، كما لَو أَوصىٰ لَه بثلثِ مالهِ فٱستُحقَّ ثلثاهُ ، ولأَنَّه لَم يُوصِ لَه بثلثٍ معيَّنٍ ، وإِنَّما أَوصىٰ لَه بثلثٍ مُشاعٍ ، فإِذا ٱستحقَّ ثلثاهُ ، أَو هلَكَ . . فقدْ هلَكَ ثلثا الوصيَّةِ .

والمذهبُ الأَوَّلُ ؛ لأَنَّه أَوصىٰ لَه بمِلكهِ الذي يخرجُ مِنْ ثلثهِ ، فصحَّ ، كما لَو أَوصىٰ لَه بعبدٍ كاملٍ ، فٱستُحقَّ ثلثاهُ ، ولَه مالٌ يُخرَجُ الثُّلثُ الباقي منهُ . ولأَنَّ الوصيَّةَ إِنَّما تنصرفُ إِلىٰ ما يملِكُهُ مِنَ العبدِ ، كما لَو كانَ عبدٌ بينَ شريكينِ نصفينِ ، فقالَ أَحدُهما للآخَرِ : بعتُكَ نصفَ هٰذا العبدِ . . فإِنَّه يَنصرفُ إِلىٰ ما يملِكُهُ منهُ .

قالَ ٱبنُ اللَّبانِ : وعلىٰ هٰذينِ الوجهينِ الوصيَّةُ بالنوعِ الواحد[1] ، ممَّا يُقسَمُ كيلاً أَو وزناً ، كالحبوبِ والدراهمِ والدنانيرِ . أَو ممَّا يجمعُ في القسمِ مِنَ النوعِ الواحدِ ، كالإِبلِ والبقرِ والغنمِ والعبيدِ والثيابِ ، قالَ : فإِنْ أَوصىٰ لرجلٍ بسُدسِ مالهِ ، ثمَّ ماتَ وخلَّفَ مئةَ شاةٍ ، أَو مئةَ ثوبٍ مَرْويةٍ ، فٱستُحقَّ نصفُها أَو تلفَ . . كانَ للموصىٰ لَه سُدسُ ما بقيَ في أَحدِ الوجهينِ معاً .

---

(١) في حاشية نسخة : (صوابه بشيء من النوع الواحد) .

وإنْ وَصَّىٰ لَه بسدسِ الغنمِ ، أَو بسدسِ الثيابِ ، ثمَّ ماتَ فاْستُحقَّ نصفُها ، أَو تلفَ . . كانَ لَه سدسُ ما بقيَ في أَحدِ الوجهينِ ، ولَه سدسُ جميعِ الغنمِ أَوِ الثيابِ ، وهوَ : ثلثُ الباقي في الثاني .

مسأَلةٌ : [وصَّىٰ بثلث ماله ، وهو حاضر وغائب] :

إذا أَوصىٰ لرجلٍ بثلثِ مالهِ ، فماتَ وخلَّفَ مالاً حاضِراً ومالاً غائباً ، وخلَّفَ عيناً ودَيناً . . اْستحقَّ الموصىٰ لَه ثلثَ الحاضرِ ، وثلثَ الغائبِ ، وثلثَ العينِ ، وثلثَ الدَّينِ . واْستحقَّ الوارثُ الثُّلثينِ مِنْ ذٰلكَ . ويُدفعُ إِلىٰ الموصىٰ لَه ثلثُ الحاضرِ وثلثُ العينِ . وكلَّما حضرَ مِنَ الغائبِ شيءٌ ، أَو نَضَّ[1] مِنَ الدَّينِ شيءٌ . . دُفعَ إِليهِ ثلثُهُ ، وإِلىٰ الوارثِ ثلثاهُ ؛ لأَنَّه شريكٌ للوارثِ في جميعِ ذٰلكَ .

وإنْ وَصَّىٰ لَه بعبدٍ يساوي مئةَ درهمٍ ، وخلَّفَ مئتَينِ غائبتينِ ، أَو دَيناً ، ولا يملكُ غيرَ ذٰلكَ . . لَم يجبْ دَفعُ العبدِ إِلىٰ الموصىٰ لَه ؛ لأَنَّه لا يجوزُ أَنْ يَتنجَّزَ للموصىٰ لَه شيءٌ إِلاَّ ويحصلَ للوارثِ مثلاهُ .

فإِنْ وصلَ مِنَ المِئتينِ شيءٌ ، أَو نضَّ مِنَ الدَّينِ شيءٌ . . دُفعَ إِلىٰ الموصىٰ لَه مثلُ نصفِ ما حصلَ منهُما أَو نضَّ . فإِنْ حصلَ جميعُ المِئتينِ . . دُفعَ جميعُ العبدِ إِلىٰ الموصىٰ لَه فإِنْ طلبَ الموصىٰ لَه أَنْ يُدفعَ إِليهِ ثلثُ العبدِ ليتصرَّفَ فيهِ قبلَ أَن يحصلَ شيءٌ مِنَ المِئتينِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجبُ دَفعُهُ إِليهِ ؛ لأَنَّه يستحقُّ ذٰلكَ بكلِّ حالٍ .

والثاني : لا يجبُ دَفعُهُ إِليهِ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّه لا يتنجَّزُ للموصىٰ لَه شيءٌ إِلاَّ ويَتنجَّزُ للوارثِ مِثلاهُ ، **وهٰذا مذهبنا** .

وقالَ مالكٌ : (الوارثُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يُسلِّمَ العبدَ إِلىٰ الموصىٰ لَه قبلَ حضورِ المئتينِ ، وبينَ أَنْ يُبطلَ الوصيَّةَ في ثلثي العبدِ وتُجعَلَ وَصيَّتُهُ في ثلثِ جميعِ المالِ مُشاعاً) .

---

(١) نضَّ : تيسر أو حصل أو تعجل ، أو صار نقداً .

دليلُنا : أَنَّ الموصيَ قصدَ تخصيصَ الموصىٰ لَه بملكِ عينٍ معيَّنةٍ مِنْ مالهِ ، فلَم يَجُزْ للوارثِ نَقلُ ذٰلكَ إلىٰ غيرهِ ، كما لَو كانَ المالُ كلُّهُ حاضراً .

وإذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ كَسبَ هٰذا العبدُ مالاً بعدَ موتِ الموصي ، وبعدَ قَبُولِ الموصىٰ لَه الوصيَّةَ ، وقبلَ حضورِ المالِ الغائبِ . . كانَ للموصىٰ لَه ثلثُ كَسبِهِ ، وللوارثِ الثُّلثانِ .

فإنْ لَم يحضرِ المالُ الغائبُ . . فلا كلامَ . وإنْ حضرَ المالُ الغائبُ . . فهلْ يجبُ علىٰ الوارثِ ردُّ ما أَخذَهُ منْ كَسبِهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجبُ ؛ لأَنَّه أَخذَهُ في وَقتٍ يجوزُ لَه أَخذُهُ ، فهوَ كالمستأْجرِ .

والثاني : يجبُ عليهِ ردُّهُ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّه بانَ أَنَّه لا مِلكَ لَه في العبدِ ذٰلكَ الوقتَ .

فرعٌ : [له ستون درهماً وأوصى بثلث العين منها] :

إذا كانَ لرجلٍ ثلاثونَ درهماً عيناً ، وثلاثونَ درهماً دَيناً علىٰ معسرٍ ، فأَوصىٰ بثلثِ العينِ لرجلٍ ، وأَوصىٰ بالدَّينِ لِمَنْ عليهِ وماتَ ، ولَمْ يُجزِ الورثةُ . . فإنَّ الثُّلثَ يُقسَّمُ بينَ الموصىٰ لَهُما علىٰ أَربعةِ أَسهمٍ ، لِمَنْ عليهِ الدَّينُ ثلاثةٌ ، وللآخَرِ سهمٌ . ويُسقَطُ ممَّنْ عليهِ الدَّينُ خمسةَ عشرَ درهماً ، ويُضَمُّ سهمُ الموصىٰ لَه بثلثِ العينِ إلىٰ سهامِ الورثةِ ـ وهيَ : ثمانيةٌ ، مثلا سهامِ الوصيَّةِ ـ فتُقَسَّمُ الثلاثونَ ـ التي هيَ عينٌ ـ علىٰ تسعةٍ ، للموصىٰ لَه سهمٌ ـ وهوَ : ثلاثةُ دراهمَ وثلثُ درهمٍ ـ وللورثةِ ستَّةٌ وعشرونَ درهماً وثلثا درهمٍ . وكلَّما نضَّ مِنَ الخمسةَ عشرَ التي بقيتْ علىٰ الغريمِ شيءٌ . . كانَ للموصىٰ لَه بثلثِ العينِ قَدْرُ تُسعِهِ يأْخُذُهُ مِنَ الثلاثينَ التي كانتْ عيناً ـ إنْ كانتْ باقيةً ـ أَو مِنْ بَدَلِها ـ إنْ كانتْ تالفةً ـ وللورثةِ ثمانيةُ أَتساعِهِ . فإذا نضَّتِ الخمسةَ عشرَ كلُّها . . كانَ للموصىٰ لَه بثلثِ العينِ قَدْرُ تسعِها ـ وهوَ درهمٌ وثلثا درهمٍ ـ يأْخُذُهُ مِنَ العينِ ، أَو مِنْ بَدلَها .

فإنْ أَوصىٰ لرجلٍ بثلثِ الدَّينِ ، ولمَنْ عليهِ الدَّينُ بجميعِ ما عليهِ ، ولَم يُجزِ

الورثةُ.. كانتِ الثلاثونَ ـ التي هيَ عينٌ ـ للورثةِ ، ويُقسَّمُ الثُّلثُ علىٰ أربعةِ أسهمٍ : لِمَنْ عليهِ الدَّينُ ثلاثةُ أَسهمٍ ـ وهوَ : خمسةَ عشرَ درهماً ـ تَسقطُ عَنْ ذمَّتهِ ، ويبقىٰ عليهِ خمسةَ عشرَ ، وكلَّما نضَّ منها شيءٌ.. ٱقتسمَهُ الورثةُ والموصىٰ لَه بالثُّلثِ علىٰ ثلاثةِ أَسهمٍ : للورثةِ سهمانِ ، وللموصىٰ لَه سهمٌ .

فإِنْ أَوصىٰ لرجلٍ بثلثِ مالهِ ، ولِلغريمِ بما عليهِ ، وماتَ ، ولَم يُجزِ الورثةُ.. قُسِّمَ الثُّلثُ علىٰ خمسةٍ ، للغريمِ ثلاثةُ أَخماسِهِ ـ وهوَ : ٱثنا عشرَ درهماً ـ فيَسقطُ عنهُ ، وللموصىٰ لَه بالثُّلثِ سهمانِ يَضمُّهُما إِلىٰ سهامِ الورثةِ ـ وهي : عشرةٌ ـ فيُقَسَّمُ الثلاثونَ ـ التي هيَ عينٌ ـ علىٰ ٱثني عشرَ : للورثةِ عشرةٌ ، وللموصىٰ لَه سهمانِ ، وكلَّما نضَّ مِنَ الثمانيةَ عشرَ الباقيةِ علىٰ الغريمِ شيءٌ.. قُسِّمَ بينَ الورثةِ والموصىٰ لَه بالثُّلثِ علىٰ ٱثني عَشرَ .

فرعٌ : [وصىٰ بالثلث ، وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً وابناً] :

وإِذا كانَ لرجلٍ عشرةُ دراهمَ عيناً ، وعشرةُ دراهمَ دَيناً علىٰ ٱبنهِ ، ولا وارِثَ لَه غيرُهُ ، ولا يملِكُ غيرَ ذٰلكَ ، وأَوصىٰ بثلثِ مالهِ لرجلٍ ، وماتَ والابنُ معسِرٌ.. فللموصىٰ لَه ثُلثا العشرةِ العينِ : ثُلثها بالوصيَّةِ وثُلثها قضاءُ ما لَه علىٰ الابنِ .

فإِنْ كانَ الابنُ قدْ حُجِرَ عليهِ لغُرمائهِ.. ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ اللَّبانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الموصىٰ لَه أَحقُّ بثلثي العشرةِ ، كالأُولىٰ .

والثاني : أَنَّه يأْخذُ ثلثَ العشرةِ بالوصيَّةِ ، ويُقسَّمُ ثُلثاها بينَه وبينَ غرماءِ الابنِ علىٰ قَدْرِ ديونِهم . فإِنْ كانتِ الوصيَّةُ بثلثي العينِ.. كانَ للموصىٰ لَه ثلثا العشرةِ العينِ ، وللابنِ ثُلثُها ويَبرأُ ممَّا عليهِ ؛ لأَنَّه كالقابضِ لثلثي المالِ .

فإِنْ كانَ محجوراً عليهِ لغرمائهِ.. لَم يُحاصُّوا الموصىٰ لَه في ثلثي العشرةِ وَجهاً واحداً ؛ لأَنَّه يأْخذُ ذٰلكَ بحقِّ الوصيَّةِ .

وإِنْ تركَ ٱبنينِ ، وعشرةً عيناً وعشرةً ديناً علىٰ أَحدِهما ، وهوَ معسِرٌ.. أَخذَ الابنُ الآخَرُ العشرةَ العينَ ، نصفَها ميراثاً لَه ونصفَها ٱقتضاءً عنْ ما لَه علىٰ أَخيهِ .

وإنْ كانَ مَنْ عليهِ الدَّينُ محجوراً عليهِ لدينِ عليهِ . . فهلْ يختصُّ الأَخُ بهٰذهِ العشرةِ ، أَو يقاسمُ غرماءَ أَخيهِ في نصفِها ؟ علىٰ الوجهينِ .

وإنْ كانَ الأَبُ قدْ وَصَّىٰ بثلثِ مالهِ لرجلٍ . . قُسِّمتِ العشرةُ العينُ بينَ الابنِ الذي لا دَينَ عليهِ وبينَ الموصىٰ لَه نصفينِ ؛ لأَنَّ الابنَ الذي لا دَينَ عليهِ يملِكُ ثُلثَها بالإِرث ، والموصىٰ لَه يملكُ ثُلثَها بالوصيَّةِ ، ومَنْ عليهِ الدَّينُ يملكُ ثُلثَها بالإِرث ، ثمَّ الابنُ الذي لا دَينَ عليهِ والموصىٰ لَه يملكُ كلُّ واحدٍ منهُما في ذمَّةِ الابنِ الذي عليهِ الدَّينُ ثلثَ العشرةِ في ذمَّتهِ ، وقد وَجدا لَه ثلثَ هٰذهِ العشرةِ وحقّاهما متساويانِ ، فاْقتسما ذٰلكَ بينَهُما .

مسأَلةٌ : [اعتبار الثُّلث فيمن أوصىٰ بمنفعة عبده أو داره] :

إذا أَوصىٰ لَه بمنفعةِ عبدِهِ أَو دارِهِ علىٰ التأَبيدِ . . اْعتبرَ خروجُ ذٰلكَ مِنَ الثُّلثِ . وفي كيفيَّةِ اْعتبار خروجِها مِنَ الثُّلثِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : تقوَّمُ المنفعةُ في حقِّ الموصىٰ لَه ، والرقبةُ مسلوبةُ المنفعةِ في حقِّ الورثةِ ؛ لأَنَّ الموصىٰ بهِ هوَ المنفعةُ ، فاْعتُبرتْ قيمتُها في حقِّ الموصىٰ لَه ، والرقبةُ مِلكُ الورثةِ . . فاْعتُبرتْ قيمتُها في ثلثي التركةِ .

وكيفيَّةُ ذٰلكَ أَنْ يُقالَ : كَم قيمةُ هٰذهِ الرقبةِ بمنافعِها ؟ فإِنْ قيلَ : مئةٌ . . قيلَ : فكَم قيمةُ الرقبةِ مسلوبةَ المنفعةِ علىٰ التأْبيدِ ؟ فإِنْ قيلَ : عشرةٌ . . علمنا أَنَّ قيمةَ المنفعةِ تسعونَ ، فتُعتبرُ مِنَ الثُّلث ، وعلمنا أَنَّ قيمةَ الرقبةِ عشرةٌ ، فتضافُ إِلىٰ ثلثي التركةِ .

والوجهُ الثاني : أَنَّ المنفعةَ تقوَّمُ علىٰ الموصىٰ لَه ، ولا تُحتسبُ قيمةُ الرقبةِ علىٰ الموصىٰ لَه ؛ لأَنَّه لا يملكُها ، ولا علىٰ الوارثِ ؛ لأَنَّه لا منفعةَ لَه بها .

والثالثُ ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أَنَّ الرقَبةَ تقوَّمُ بمنافعِها في حقِّ الموصىٰ لَه ؛ لأَنَّ المقصودَ بالعبيدِ والدورِ هوَ منفعتُها دونَ أَعيانِها .

وإنْ وَصَّىٰ لَه بمنفعةِ عبدهِ أَو دارهِ أَو أَرضهِ مدَّةً معلومةً . . فإِنَّ الرقبَةَ تقوَّمُ في حقِّ

الورثةِ لا في حقِّ الموصىٰ لَه ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ لَهم فيها منفعةً ، وهوَ أَنَّهم يملكونَ منفعتَها بعدَ ٱنقضاءِ المدَّةِ . وتقوَّمُ المنفعةُ في حقِّ الموصىٰ له ، وفي كيفيَّةِ تقويمِها في حقِّهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تقوَّمُ الرقَبةُ كاملةَ المنفعةِ ، ثمَّ تقوَّمُ مسلوبةَ المنفعةِ مدَّةَ الوصيَّةِ ، ويكونُ ما بينهُما قيمةَ المنفعةِ .

والثاني : تقوَّمُ المنفعةُ مدَّةَ الوصيَّةِ ، فتُعتبرَ مِنَ الثُّلثِ ، ولا تقوَّمُ الرقَبةُ علىٰ الموصىٰ لَه ؛ لأَنَّها غيرُ موصىً بها .

وإِنْ وَصَّىٰ بالمنفعةِ لرجلٍ وبالرقَبةِ لآخَرَ . . فإِنَّ المنفعةَ تقوَّمُ في حقِّ الموصىٰ لَه بها ، والرقَبةَ تقوَّمُ في حقِّ الموصىٰ لَه بها ، بلا خلافٍ بينَ أَصحابِنا ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يَستفيدُ بالوصيَّةِ مِلكَ ما وَصَىٰ لَه بهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وٱتِّفاقُهم في هٰذهِ يدلُّ علىٰ صحَّةِ تقويمِ الرقَبةِ بمنفعتِها في حقِّ الموصىٰ لَه بالمنفعةِ لا غيرُ .

فرعٌ : [الوصية بثمرة البستان] :

وإِنْ وَصَّىٰ لَه بثمرةِ بستانهِ : فإِنْ كانتْ موجودةً . . قوِّمتِ الثمرةُ يومَ موتِ الموصي ، وٱعتبرَ خروجُها مِنَ الثُّلثِ .

وإِنْ كانتْ غيرَ موجودةٍ :

فإِنْ كانتْ علىٰ التأْبيدِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يقوَّمُ البستانُ بكمالِهِ في حقِّ الموصىٰ لَه ؛ لأَنَّ المقصودَ بهِ منفعتُهُ .

والثاني : تقوَّمُ المنفعةُ في حقِّ الموصىٰ لَه ، والرقَبةُ في حقِّ الورثةِ ، وهوَ أَنْ يُقالَ : كَم قيمتُهُ كاملَ المنفعةِ ؟ فإِنْ قيلَ مئةٌ . . قيلَ : كَم قيمتُهُ مسلوبَ المنفعةِ ؟ فإِنْ قيلَ : عشرةٌ . . عُلِمَ أَنَّ التسعينَ قيمةُ المنفعةِ فتُحتَسبُ مِنَ الثُّلثِ ، وعُلِمَ أَنَّ العشرةَ قيمةُ الرقَبةِ ، فَتُحتَسبُ بِها في ثلثي التركةِ علىٰ الورثةِ .

ويَسقطُ الوجهُ الثالثُ في العبدِ هاهُنا ، وهوَ أَنَّ الرقَبةَ لا تقوَّمُ في حقِّ أَحدِهما ؛ لأَنَّ

البستانَ قدْ يجفُّ فتبطلُ الوصيَّةُ بالمنفعةِ بثمرهِ ، ويمكنُ الوارثَ الانتفاعُ بأَخشابهِ ، بخلافِ الرقَبةِ .

وإنْ كانتِ الوصيَّةُ بمنفعتهِ مدَّةً معلومةً . . قوِّمتِ الرقَبةُ في حقِّ الوارثِ ، والمنفعةُ في حقِّ الموصىٰ لَه وَجهاً وَاحداً . وكلُّ موضعٍ ٱحتملَ خروجَ منفعةِ جميعِ البستانِ مِنَ الثُّلثِ . . فإنَّ الثمرةَ تكونُ للموصىٰ لَه ، ما دامَ البستانُ باقياً ، ورقَبةَ النخلِ والشجرِ للوارثِ ، ولا يلزمُ أَحدَهما سقيُ النخلِ والشجرِ ؛ لأَنَّ السقيَ تنتفعُ بهِ الثمرةُ والشجرةُ ، فلا يلزمُ أَحدَهما سقيُ مِلكِ صاحبهِ ، بخلافِ ما لَو باعَ ثمرةً بعدَ بدوِّ صلاحِها ، فإنَّ عليهِ سقيَها ؛ لأَنَّ عليهِ تسليمَها ، وذٰلكَ مِنْ تمامِ تسليمِها .

وإنْ لَم يخرجْ مِنَ الثُّلثِ إلاَّ بعضُ المنفعةِ . . كانَ للموصىٰ لَه مِنْ ثمرةِ كلِّ عامٍ قَدْرُ ما ٱحتملَهُ المنفعةُ ، والباقي للورثةِ ٱعتباراً بما خرجَ مِنَ الثُّلثِ .

فرعٌ : [أوصىٰ له بلبن شاة وصوفها] :

إذا أَوصىٰ لَه بلبَنِ شاةٍ وصوفِها . . جازَ ، كما تجوزُ الوصيَّةُ بثمرةِ الشجرةِ . وإنْ وَصَّىٰ لَه بلبَنِها لا غيرُ . . جازَ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وينبغي أَنْ يُقوَّمَ هاهُنا الموصىٰ بهِ دونَ العينِ ؛ لأَنَّه لَم يوصِ لَه بجميعِ منافعِها .

مسأَلةٌ : [أعتق في مرضه أمة حاملاً] :

إذا أَعتقَ في مرضِ موتهِ أَمَةً حاملاً بمملوكٍ لَه . . فإنَّها تُعتقُ بالمباشرةِ ويُعتَقُ الحَمْلُ بالسِّرايةِ ، ومتىٰ تقوَّمُ الأَمَةُ ؟ قالَ أَبو العبَّاسِ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : تقوَّمُ حاملاً ، ولا يُفردُ الحَمْلُ بالتقويمِ ؛ لأَنَّه كأَعضائِها .

فعلىٰ هٰذا : إنْ خرجتْ قيمتُها مِنَ الثُّلثِ . . عتقتْ وعتقَ وَلدُها ، وإنْ خرجَ نصفُها . . عتقَ نصفُهما[1] .

---

(١) في (م) : (بعضها) .

والثاني : أَنَّ الولدَ يقوَّمُ عندَ الانفصالِ ؛ لأنَّه يمكنُ تقويمُهُ ، وتقوَّمُ الأُمُّ حاملاً دونَ حَمْلِها ؛ لأنَّ قيمتَها حاملاً أَقلُّ مِنْ قيمتِها حائِلاً ، وأَصلُها القولانِ : هلْ لِلحَمْلِ حكمٌ ، أَم لا ؟

فعلىٰ هٰذا : إِنْ خرجتْ قيمتُها مِنَ الثُّلثِ . . عتقا ، وإِنْ لَم يَخرجا ، ولَم يُجزِ الورثةُ ، فإِنْ كانتْ قيمتُهما سواءً ، بأَنْ كانتْ قيمةُ الأُمِّ مئةً وقيمةُ الولدِ مئةً والثُّلثُ مئةً . . عتقَ مِنْ كلِّ وَاحدٍ منهُما نصفُهُ . وإِنْ كانتْ قيمةُ الأُمِّ مئةً وقيمةُ الولدِ خمسينَ . . عتقَ مِنْ كلِّ وَاحدٍ منهُما ثلثاهُ ؛ لأَنَّ الولدَ تابعٌ للأُمِّ فوجبَ أَنْ يعتَقَ منهُ بقَدْرِ ما يعتَقُ منها .

فإِنْ قالَ في مرضِ موتهِ : حَمْلُكِ حرٌّ وأَنتِ حرَّةٌ ، فإِنْ خرجا مِنَ الثُّلثِ . . عتقا . وإِنْ لَم يَخرجا مِنَ الثُّلثِ . . قدِّمَ عتقُ الحَمْلِ ؛ لأَنَّه سابقٌ . فإِنْ كانَ الحَمْلُ جماعةً ، ولَم يخرجوا مِنَ الثُّلثِ . . أُقرِعَ بينَهُم . وإِنْ بقيَ مِنَ الثُّلثِ شيءٌ بعدَ عتقِ الحملِ . . عتقَ مِنَ الأُمِّ بقَدْرِهِ .

فإِنْ قالَ في مرضِ موتهِ : إِذا أَعتقتُ نصفَ حَملِكِ . . فأَنتِ حرَّةٌ ؛ ثمَّ قالَ في مرضِ موتهِ : نصفُ حَملِكِ حرٌّ . . عتقَ نصفُ حَملِها بالمباشرةِ ، واقتضىٰ ذٰلكَ سرايةً إِلىٰ عتقِ نصفِ حَملِها ، وعتقِ الأُمِّ بالصفةِ .

فإِنْ خرجتْ قيمةُ جميعِ الحَمْلِ وقيمةُ الأُمِّ مِنَ الثُّلثِ . . عتقَا . وإِنْ لَم يخرجْ مِنَ الثُّلثِ غيرُ نصفِ الحَمْلِ . . عتقَ نصفُ الولدِ ، ورُقَّ باقيهِ ، ورقَّتِ الأُمُّ .

وإِنْ بقيَ مِنَ الثُّلثِ شيءٌ بعدَ عتقِ نصفِ الولدِ ، بأَنْ كانتْ قيمةُ الولدِ مئةً ، وقيمةُ الأُمِّ خمسينَ ، والثُّلثُ مئةً ، فقدْ بقيَ مِنَ الثُّلثِ خمسونَ . . فيقرعُ بينَ نصفِ الولدِ والأُمِّ ؛ لأَنَّ عتقَهُما وقعَ في حالةٍ وَاحدةٍ . فإِنْ خرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ نصفِ الولدِ . . عتقَ جميعُهُ ، ورقَّتِ الأُمُّ ؛ لأَنَّ عتقَ الولدِ لا يسري إِليها . وإِنْ خرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ الأُمِّ . . لَم يمكنْ أَنْ يَصرفَ ما بقيَ مِنَ الثُّلثِ في عتقِ الأُمِّ وَحدَها ، ولٰكن يُسوَّىٰ بينَها وبينَ باقي حَمْلِها في العتقِ لتساوي قيمتِهما . . فيعتَقُ مِنَ الأُمِّ نصفُها بخمسةٍ وعشرينَ ، ويعتَقُ مِنَ الولدِ ربعهُ بخمسةٍ وعشرينَ .

وإنَّما جُعلَ ربعهُ تابعاً لنصفِ الأُمِّ وإنْ كانَ القياسُ يقتضي التسويةَ بينَ الجزأَينِ ؛ لأنَّه لا يمكنُ التسويةُ بينهُما .

وإنْ كانتْ قيمةُ الولدِ مئةً وقيمةُ الأُمِّ مئةً والثُّلثُ مئةً فقدْ بقيَ بعدَ عتقِ نصفِ الولدِ مِنَ الثُّلثِ خمسونَ . . فيُقرعُ بينَ نصفِ الولدِ والأُمِّ ، فإنْ خرجتِ القرعةُ علىٰ نصفِ الولدِ . . عتقَ جميعُهُ ، ورقَّتِ الأُمُّ . وإنْ خرجتْ علىٰ الأُمِّ . . عتقَ ثلثُها وثلثُ نصفِ الحَمْلِ لتساويهما في القيمةِ .

فرعٌ : [أوصىٰ بجارية حبلىٰ] :

قالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : فإنْ أَوصىٰ لرجلٍ بجاريةٍ حُبْلَىٰ ، قيمتُها يومَ ماتَ سيِّدُها مئةٌ ، فقَبِلَ الموصىٰ لَه ، وَولدتْ بعدَ موتِ سيِّدِها وَلداً قيمتُهُ ستّونَ درهماً ، وخلَّفَ الموصي مِئتي درهمٍ ، فإنْ قُلنا : لا يُفرَدُ الولدُ بالتقويمِ . . كانتِ الجاريةُ وَولدُها للموصىٰ لَه ، ولا تزيدُ التركةُ بقيمةِ الولدِ .

وإنْ قُلنا : يُفرَدُ الولدُ بعدَ الانفصالِ بالتقويمِ . . زادتِ التركةُ بقيمةِ الولدِ ، فتصيرُ التركةُ ثلاثَ مئةٍ وستّينَ ، الثُّلثُ : مئةٌ وعشرونَ ، وقيمةُ الجاريةِ وَولدِها : مئةٌ وستّونَ . فالثُّلثُ : ثلاثةُ أَرباعِ قيمتِهِما ، فيكونُ للموصىٰ لَه ثلاثةُ أَرباعِ الجاريةِ ، وثلاثةُ أَرباعِ وَلدِها . ورُبعُهما معَ المئتينِ للورثةِ .

وإنْ تركَ الميتُ مئتينِ وستّينَ درهماً . . كانتِ التركةُ أَربعَ مئةٍ وعشرينَ ، الثُّلثُ منها مئةٌ وأَربعونَ ، وقيمةُ الجاريةِ ووَلدِها : مئةٌ وستُّونَ . فالثُّلثُ مِنْ قيمتِهما سبعةُ أَثمانِهما ، فيكونُ للموصىٰ لَه سبعةُ أَثمانِهما .

فرعٌ : [أوصىٰ بحمل جارية] :

وإنْ وَصَّىٰ رجلٌ لرجلٍ بحَمْلِ جاريةٍ مملوكٍ لَه ، وأَوصىٰ لآخَرَ بالجاريةِ ، وماتَ الموصي ، وقَبِلاَ الوصيَّةَ ، ثمَّ إنَّ الموصىٰ لَه بالجاريةِ أَعتقَها ، ثمَّ وَلدتْ وَلداً لأَقلَّ مِنْ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ وَقتِ إعتاقِ الجاريةِ . . عتقتِ الجاريةُ دونَ وَلدِها ، موسِراً كانَ المعتقُ أَو

معسِراً ؛ لأنَّ الولدَ إنَّما يتبعُ الأُمَّ في العتقِ إذا كانا في مِلكِ المعتِقِ ، فأمَّا إذا كانتْ في غيرِ مِلكهِ.. لَم يتبعْهَا ، كما إذا باعَ دارَهُ وفي حائِطِهِ ساجةٌ مغصوبةٌ أَو مستعارةٌ.. فإنَّها لا تدخلُ في البيعِ ، وهٰذهِ حرَّةٌ حاملٌ بمملوكٍ ولا نظيرَ لَها .

فرعٌ : [قال إذا مت فأنت حرة أو ما في بطنك] :

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : إذا قالَ رجلٌ لأَمَةٍ لَه حاملٍ بمملوكٍ لَه : إذا مِتُّ.. فأنتِ حرَّةٌ أَو ما في بطنِكِ حرٌّ ، وماتَ ، ثمَّ وَلدتْ وَلداً يُعلَمُ وُجودُهُ وقتَ الإعتاقِ.. أُقرِعَ بينَ الأُمِّ والولدِ ، فإنْ خرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ الأُمِّ وخرجتْ مِنَ الثُّلثِ.. عتقَتْ وعتقَ وَلدُها تبعاً لَها ، ولا تُحتسبُ قيمةُ الولدِ مِنَ الثُّلثِ ؛ لأَنَّه يُعتقُ بالشرعِ ، فهوَ بمنزلةِ التالفِ . وإنْ خرجَ بعضُ الأُمِّ مِنَ الثُّلثِ.. عتقَ ما خرجَ منْها مِنَ الثُّلثِ ، وتبعَها مِنَ الولدِ مثلُ الذي عتقَ منْها .

وإنْ خرجتْ قُرعَةُ العِتقِ علىٰ الولدِ ، وخرجَ مِنَ الثُّلثِ.. عتقَ الولدُ ورقَّتِ الأُمُّ . وإنْ خرجَ بعضُهُ.. عتقَ منهُ ما خرجَ منَ الثُّلثِ ، ورقَّ باقيهِ ورُقَّتِ الأُمُّ ؛ لأَنَّ الأُمَّ لا تتبعُ الولدَ في العِتقِ .

ويقوَّمُ الولدُ وَقتَ الانفصالِ ؛ لأَنَّه أَوَّلُ وقتٍ يمكنُ تقويمُهُ فيهِ ، وتقوَّمُ الجاريةُ وَقتَ موتِ الموصي ؛ لأَنَّه يمكنُ تقويمُها وهيَ حالةُ ٱستحقاقِها للعتقِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : وإنْ كانَ لَه أَمتانِ حاملانِ بمملوكينِ لَه ، فقالَ لهُما : إذا متُّ.. فأَنتما حرَّتانِ ، أَو ما في بطنيكُما حرَّانِ ، وماتَ ، ثمَّ وَلدتْ كلُّ وَاحدةٍ منهُما وَلداً لِوقتٍ يُعلَمُ وُجودُهُ وَقتَ الإعتاقِ.. أُقرِع بينَ الأَمتينِ والولدينِ ، فإنْ خرجتْ قُرعةُ العتقِ علىٰ الأَمتينِ ، وخرجتا مِنَ الثُّلثِ.. عتقا مِنَ الثُّلثِ ، وعتقَ ولداهُما تبعاً لهُما مِنْ غيرِ الثُّلثِ ؛ لأَنَّهما تالفانِ مِنْ طريقِ الشرعِ . وإنْ لَم تَخرجِ الأَمتانِ مِنَ الثُّلثِ.. أُعيدَتِ القُرعةُ بينهُما ، فأَيَّتُهما خرجتْ عليها قُرعةُ العتقِ.. عتقَتْ وعتقَ وَلدُها ، ورُقَّتِ الأُخرىٰ وولَدُها .

وإنْ خرجتْ إحداهُما مِنَ الثُّلثِ ، وبعضُ الأُخرىٰ.. عتقَتْ مَنْ خرجتْ عليها قرعةُ العتقِ ، وعتقَ وَلدُها ، وعتقَ مِنَ الأُخرىٰ تمامُ الثُّلثِ ، وعتقَ مِنْ وَلدِها قدْرُ ما عتقَ منها ، ورُقَّ باقيها .

وإِنْ خرجتْ قُرعةُ العِتقِ علىٰ الولدينِ ، فإِنْ خرجا مِنَ الثُّلثِ . . عتقا ورُقَّتِ الأَمتانِ . وإِنْ لَم يحتملْهُما الثُّلثُ . . أُعيدتِ القرعةُ بينَ الولدينِ ، فمنْ خرجتْ عليهِ قرعةُ العِتقِ . . عتقَ جميعُهُ ورقَّ الآخَرُ والأَمتانِ . وإِنِ ٱحتملَ الثُّلثُ أَحدَهما وبعضَ الآخرِ . . أُقرعَ بينَهُما ، فمنْ خرجتْ عليهِ قرعةُ العِتقِ . . عتقَ جميعُهُ ، وعتقَ مِنَ الآخَرِ تمامُ الثُّلثِ ، ورُقَّ باقيهِ والأَمتانِ .

فرعٌ : [أعتق في مرض موته عبداً قيمته مئة وله مئتان غائبتان] :

قالَ ٱبنُ اللَّبَّانِ : إِذا أَعتقَ في مرضِ موتهِ عبداً قيمتُهُ مئةُ درهمٍ ، ولَه مئتا درهمٍ غائبتانِ أَو دينٌ ، ولا مالَ لَه غيرُ ذٰلكَ . . عتقَ ثلثُهُ في الحالِ ، وسُلِّمَ ثلثاهُ إِلىٰ الورثةِ ؛ لأَنَّه لا يتنجَّزُ للموصىٰ لَه شيءٌ إِلاَّ ويحصلُ للورثةِ مثلاَهُ .

ولا يملِكُ الورثةُ بيعَهُ ؛ لأَنَّ تَنجُّزَ عتقِ باقيهِ موقوفٌ علىٰ قضاءِ الدَّينِ أَو حصولِ المالِ الغائبِ ، والبيعُ لا يجوزُ وَقفُهُ .

فإِنْ كسبَ العبدُ مالاً قبلَ ٱقتضاءِ الدَّينِ . . كانَ للعبدِ ثلثُ كسبهِ ، وللورثةِ ثلثاهُ . فإِذا نضَّ جميعُ الدَّينِ . . نفذَ عِتقُ جميعِهِ ؛ لأَنَّه حَصلَ للورثةِ مِثلاَ قيمتِهِ .

وهلْ يرجعُ العبدُ علىٰ الورثةِ بما أَخذوا مِنْ كسبِهِ وأُجرةِ ما خَدَمَهُم ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يرجعُ عليهِم ؛ لأَنَّهم أَخذوهُ في حالةٍ أَباحَ لَهم الشرعُ أَخذَهُ .

والثاني ـ وهوَ المنصوصُ عليهِ ـ : (أَنَّه يرجعُ عليهِم) ؛ لأَنَّه بانَ أَنَّه كانَ حرّاً ذٰلكَ الوقتَ .

ولا يرجعُ الورثةُ عليهِ بما أَنفقوهُ علىٰ ثلثيهِ وَجهاً واحداً ؛ لأَنَّهم أَنفقوهُ عليهِ لحظِّهِم وٱختيارِهم ، إِذ لو شاؤوا . . لأَجازوا عِتقَهُ .

وإِنْ ماتَ للعبدِ مَنْ يرثُهُ قبلَ أَنْ ينضَّ الدَّينُ . . فهلْ يُوقفُ ميراثُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُوقفُ ميراثُهُ منهُ ؛ لأَنَّه لا يؤمَنُ أَنْ يكونَ حرّاً ، والظاهرُ مِنَ الدَّينِ أَنَّه يُقضىٰ ، وإِنْ أَعسرَ الغريمُ أَو تلفَ المالُ الغائبُ . . رُدَّ الموقوفُ علىٰ ورثةِ مُناسبِ العبدِ المعتَقِ .

والثاني : أنَّه لا يُوقفُ ، بلْ يُدفعُ ذٰلكَ إلىٰ ورثةِ مُناسبِ العبدِ ؛ لأنَّا لا نَتيقَّنُهُ وَارثاً فلا نَمنعُ الورثةَ ميراثَهم لجوازِ أَنْ ينضَّ الدَّينُ ، كما لَم يُمنعْ ورثةُ المعتِقِ مِنِ ٱستخدامِ ثلثي العبدِ المعتَقِ .

فإنْ ماتَ العبدُ المعتَقُ قبلَ أَنْ ينضَّ الدَّينُ أَو يحصلَ المال الغائبُ . . كانَ لورثةِ العبدِ ثلثُ كسبِهِ ولورثةِ سيِّدهِ ثلثاهُ علىٰ القولِ **الجديد** ، وعلىٰ **القديمِ** : يكونُ جميعُ كَسبِهِ لورثةِ سيِّدهِ .

وإنْ نضَّ الدَّينُ أَو حضرَ الغائبُ بعدَ موتِ العبدِ . . ردَّ ورثةُ السيِّدِ علىٰ ورثةِ العبدِ المعتَقِ ما أَخذوهُ مِنْ كَسبِهِ في أَصحِّ الوَجهينِ .

وإنْ ماتَ بعدَ موتِ العبدِ ٱبنٌ للعبدِ مِنْ حرَّةٍ معتَقَةٍ لقومٍ ، وتركَ مولىٰ أُمِّهِ ومولىٰ أَبيهِ . . أُعطِيَ مولىٰ الأَبِ مِنْ مالهِ قَدْرَ ما حُكمَ بعِتقهِ مِنَ العبدِ بجُزءِ الوَلاءِ ، وباقي مالِ ٱبنِ العبدِ لمولىٰ أُمِّه .

فإنْ نضَّ الدَّينُ أَو حضرَ الغائبُ بعدَ ذٰلكَ . . تبيَّنَا أَنَّ الأَبَ قدْ كانَ ماتَ حرّاً ، وأَنَّه حرُّ ولاءِ وَلدهِ مِنْ مولىٰ أُمِّهِ إلىٰ مولىٰ أَبيهِ ، فيَردُّ ورثةُ السيِّدِ ما أَخذوا مِنْ كسبِ العبدِ علىٰ وَرثةِ العبدِ المعتَقِ في أَصحِّ الوَجهينِ ، ويَردُّ مولىٰ أُمِّ ٱبنِ العبدِ ما أَخذَ مِنْ مالِ الابنِ علىٰ مولىٰ العبدِ .

ولَو سلَّمَ لورثةِ المعتِقِ مِنَ المئتينِ مئةً ، وثوىٰ[1] الباقي أَو تلفَ . . تبيَّنّا أَنَّه كانَ عتقَ ثلثا العبدِ ، ورُقَّ ثلثُهُ وحُرُّ ثلثي ولاءِ[2] وَلدهِ ، فيردُّ ورثةُ السيِّدِ علىٰ الابنِ ما أَخذوا مِنْ كسبِ أَبيه تمامَ الثلثينِ في أصحِّ الوجهينِ ، فيُضافُ إلى ما خلَّفهُ الابنُ ، ويُجعلُ ثلثاهُ لمولىٰ أَبيهِ ، وثُلثهُ لمولىٰ أُمِّهِ ، ويُحتَسبُ علىٰ مولىٰ الأُمِّ بما أَخذَهُ مِنْ ميراثِ الابنِ .

وإنْ أَنكرَ الغريمُ الدَّينَ ، ولا بيِّنةَ ، ونكلَ عَنِ اليمينِ ، ولَم يحلفْ ورثةُ السيِّدِ . . فهلْ يحلَّفُ العبدُ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يحلَّفُ ؛ لأَنَّه لا يستحقُّ ما يَحلفُ عليهِ .

---

(١) **ثوىٰ** : هلك ، وفي (م) : (ورثوا) .

(٢) **حُرّ** : خالص ، **الوَلاء** : أحد أسباب الميراث ويرث تعصيباً .

والثاني : يحلَّفُ ؛ لأنَّه يستحقُّ العِتقَ بثبوتِ المالِ الذي يُحلَّفُ عليهِ .

وإنْ دفعَ الغريمُ الدَّينَ إلىٰ الوارثِ ، فقالَ الوارثُ : لا دَينَ لمورِّثي عليكَ ، فإنْ كانَ المعتِقُ قدِ ٱدَّعىٰ الدَّينَ . . عتقَ العبدُ ولَم يُقبَلْ إقرارُ الوارثِ أنَّه لا دَينَ للمعتِقِ ؛ لأنَّ المعتِقَ قدِ ٱدَّعاهُ وصدَّقَهُ الغريمُ ، وفي تكذيبِ الورثةِ إبطالٌ لحقِّ العبدِ مِنَ العِتقِ ، فلَم يُقبَلْ .

وهٰكذا : لَو صدَّقَ العبدُ الورثةَ أنَّه لا دينَ للمعتِقِ . . لَم يُحكمْ ببطلانِ العِتقِ ؛ لأنَّ العِتقَ حقٌّ للهِ تعالىٰ ، فلا يُقبَلُ قولُهُ فيما يُسقِطُهُ .

وإنْ كانَ المعتِقُ لَم يدَّعِ الدَّينَ . . لَم يُقبَلْ إقرارُ الغريمِ ـ سواءٌ ٱدَّعاهُ العبدُ أَو لَم يَدَّعِهِ ـ إذا لَم يَدَّعِهِ الوارثُ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ إثباتَ المالِ لِمَنْ يدَّعيهِ وإبطالاً لحقِّ الورثةِ مِنْ رقِّ العبدِ .

وإنِ ٱدَّعىٰ الورثةُ دَيناً للميتِ علىٰ رجلٍ ، فأنكرَ وحلَفَ ، ثمَّ أقرَّ المدَّعىٰ عليهِ بعدَ ذٰلكَ بالدَّينِ ، وكذَّبَهُ الورثةُ بإقرارِه . . لَم يُقبَلْ تكذيبُهم ، سواءٌ صدَّقَهُمُ العبدُ علىٰ التكذيبِ أَو كذَّبَهُم ؛ لأنَّ إقرارَهُم قدْ سَبَقَ بأنَّه مالٌ للميتِ ، ولزمَهُم بذٰلكَ حقُّ العِتقِ ، فلَم يُقبَلْ إقرارُهُم بعدَ ذٰلكَ بما يُسقِطُهُ .

فرعٌ : [أعتق عبداً لا مال له غيره] :

إذا أَعتقَ في مرضِ موتِهِ عبداً لا مالَ لَه غيرُهُ ، وعليهِ دينٌ يَستغرقُ قيمتَهُ ، وطالبَهُ الغرماءُ بهِ . . بَطَلَ العِتقُ ، وقيلَ للورثةِ : إنْ شئتُم أَنْ تَقضوا الدَّينَ مِنْ مالِكُم وتَملِكوا العبدَ . . كنتُم أَحقَّ بهِ . وإنْ لَم يختاروا ذٰلكَ ، وطلبَ الغرماءُ أَنْ يأْخذوا العبدَ بقيمتِهِ عَنْ دَينهِمْ . . قالَ ٱبنُ اللَّبانِ : كانوا أَحقَّ بشرائِهِ مِنَ الأَجنبيِّ ؛ لأَنَّه أَحظُّ للميتِ ؛ لأَنَّه يبرأُ مِنَ الدَّينِ يقيناً ، ويأْمَنُ عُهدَةَ الثمنِ .

فلو كسبَ العبدُ مالاً بعدَ موتِ سيِّدِهِ . . كانَ مِلكاً لِوَرثةِ السيِّدِ علىٰ قولِ الشافعيِّ ، وعلىٰ قولِ الإصطخريِّ : يُقضىٰ مِنْ كسبِهِ الدَّينُ . ولو أَبرأَ الغُرماءُ الميتَ مِنَ الدَّينِ . . عتقَ ثلثُ العبدِ ، ورُقَّ ثلثاهُ .

مسألةٌ : [نكاح الرجل في مرض الموت] :

إِذا نكحَ الرجلُ في مرضِ موتهِ. . صحَّ النكاحُ وورِثَتْهُ .

وأمَّاالصَّداقُ : فإِنْ أَصدقَها مَهرَ مِثلِها . . ٱستحقَّتْ ذٰلكَ مِنْ رأسِ المالِ .

وإِنْ أَصدقَها أكثرَ مِنْ مهرِ مِثلِها : فإِنْ ورِثَتْهُ . . كانَ ما زادَ علىٰ مهرِ مِثلِها وَصيَّةً لوارثٍ علىٰ ما مضىٰ . وإِنْ لَم ترِثْهُ ، بأَنْ كانتْ ذمِّيَّةً أَو مملوكةً ، أَو قتلَتْهُ ، أَو ماتتْ قَبْلَهُ ، أَو أَبانَها ، وقُلنا : لا ترِثُهُ . . كانَ ما زادَ علىٰ مهرِ مِثلِها وَصيَّةً تُعتبرُ مِنَ الثُّلثِ .
وبهِ قالَ الشعبيُّ ، والنخعيُّ ، والأوزاعيُّ ، وأَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ ، وأَحمدُ ، وإِسحاقُ .

وقالَ مالكٌ : (لا يصحُّ نكاحُهُ) .

وقالَ الزهريُّ : يصحُّ نكاحُهُ ولا ترِثُهُ الزوجةُ .

وقالَ ربيعةُ : يصحُّ ، ولٰكنْ تستحقُّ المهرَ في الثُّلثِ وإِنْ لَم يزدْ علىٰ مهرِ مِثلِها .

دليلُنا علىٰ مالكٍ : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ [النساء : ٣] .

وقالَ ﷺ : « مَنْ أَحبَّ فِطْرَتِيْ . . فَلْيَسْتَنَّ بِسُنَّتِيْ ، وَمِنْ سُنَّتِي : ٱلنِّكَاحُ »[1] .

---

(١) أخرجه من طريق إبراهيم بن ميسرة عن عبيد بن سعد عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٣٧٨) وأبو يعلىٰ في « المسند » (٢٧٤٨) ، وسعيد بن منصور في « السنن » (٤٨٦) و(٤٨٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٧/ ٧٨) في النكاح ، قال الهيثمي في « المجمع » (٤/ ٢٥٥) : رواه أبو يعلىٰ ورجاله ثقات إن كان عبيد بن سعد صحابياً ، وإلا فهو مرسل .
وفي الباب أيضاً :
عن أنس رواه البخاري (٥٠٦٣) ، ومسلم (١٤٠١) في النكاح وفيه : « أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له . . . وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي . . فليس مني » .
وعن أيوب عند عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٣٧٩) : « من استن بسنتي . . فهو مني ، ومن سنتي : النكاح » .
وعن أبي ذر عند عبد الرزاق مطولاً في « المصنف » (١٠٣٨٧) وفيه : « إن من سنتنا النكاح . . . » .
=

ولَم يُفرِّقْ بينَ الصحيحِ والمريضِ .

ورويَ عَنْ معاذٍ : أنَّه مرضَ ، فقالَ : (زوِّجوني ، زوِّجوني ، لا أَلقىٰ اللهَ عَزَباً) .

وقالَ ٱبنُ مسعودٍ : (لَو لَم يبقَ مِنْ عُمري إلاَّ عشرةُ أيَّامٍ لا أُحبُّ أَنْ أكونَ بغيرِ زوجةٍ)[1] .

وروِيَ : (أَنَّ الزبيرَ دخلَ علىٰ قُدامةَ بنِ مظعونٍ يَعودُهُ وهوَ مريضٌ ، فبُشِّرَ الزبيرُ ببنتٍ وهوَ عِندَهُ ، فقالَ لَه قُدامةُ : زوِّجنِيها ، فقالَ لَه الزبيرُ : ما تصنعُ بها وأَنتَ علىٰ هٰذهِ الحالةِ ؟! فقالَ قُدامةُ : إنْ عشتُ . . فٱبنةُ الزبيرِ ، وإِنْ متُّ . . فهيَ أَحقُّ مَنْ وَرثني) ولا يُعرفُ لَهم مخالفٌ .

ودليلُنا علىٰ الزهريِّ : أَنَّه معنىً يورثُ بهِ ، فٱستوىٰ فيهِ الصحيحُ والمريضُ ، كالإِقرارِ بالنَّسبِ .

ودليلُنا علىٰ ربيعةَ : أَنَّه عقدُ معاوضةٍ ، فٱعتبرَ عِوَضُ المِثلِ فيهِ مِنْ رأْسِ المالِ ، كٱلابتياعِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ تزوَّجَ مسلِمٌ ذمِّيَّةً في مرضِ موتهِ بأَكثرَ مِنْ مهر مِثلِها ، فأَسلَمتْ قَبْلَ موتهِ . . صارتْ وَارثةً لَه ، وكانَ ما زادَ علىٰ مَهرِ مِثلِها وَصيَّةً لوارثٍ ؛ لأَنَّ الاعتبارَ عندَ الموتِ لا عندَ العقدِ .

وإِنْ تزوَّجَ حرٌّ أَمَةً لغيرِ وَارثِهِ بأَكثرَ مِنْ مَهرِ مِثلِها في مرضِ موتهِ ، فأُعتِقَتْ قَبْلَ

= وعن أبي نجيح عند عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٣٧٦) : « من كان موسراً لأن ينكح ثم لم ينكح . . فليس مني » .
ورواه عن سعيد بن المسيب عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٣٧٤) أن نفراً من أصحاب النبي ﷺ فيهم علي وعبد الله بن عمرو لما تبتلوا . . . وفيه : « وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي . . فليس مني » .
وعن أبي هريرة رواه البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٧/ ٧٨) في النكاح بلفظه .

(١) أخرجه عن ابن مسعود عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٣٨٢) في النكاح ، وابن حزم في « المحلىٰ » (١٠/ ٢٥) ، وذكره الهندي في « كنز العمال » (٤٥٦١٠) أيضاً .

موتِهِ . . وَرِثَتْهُ ، وكانَ ما زادَ علىٰ مَهرِ مِثلِها وَصيَّةً تلزمُ مِنَ الثُّلثِ لمولاها ، ولا يجتمعُ الميراثُ والوصيَّةُ لشخصٍ .

فرعٌ : [أعتق في مرضه المخوف أمة] :

إذا أَعتقَ في مرض موتِهِ المُخوفِ أَمَةً له ، ولَه مالٌ تَخرجُ مِنْ ثُلثِهِ . . فهلْ يصحُّ لوليِّها الحرِّ أَنْ يزوِّجَها بإذنِها قَبلَ موتِ السيِّدِ مِنْ مرضهِ ذٰلكَ ، أَو بُرْئِهِ منهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ أَبو العبَّاسِ ابنُ سريجٍ ، **وأَكثرُ أَصحابِنا** : يصحُّ نكاحُها ؛ لأَنَّ في مِلكِ المريضِ مالاً تخرجُ الجاريةُ مِنْ ثُلثهِ وَالظاهرُ بقاؤُهُ ، فنَفَذَ عِتقُها في الحالِ ، وصحَّ تصرُّفُها في بُضْعِها ، كما لَو ماتَ السيِّدُ وهيَ تخرجُ مِنْ ثُلثهِ ولَم يظهرْ عليهِ دينٌ . . فإِنَّ لَها أَنْ تتصرَّفَ في بُضْعِها .

و[**الثاني**] : قالَ ٱبنُ الحدَّادِ ، وٱبنُ اللَّبّانِ ، والقاضي أَبو الطيِّبِ : لا يصحُّ نِكاحُها ؛ لأَنَّ عِتقَها موقوفٌ علىٰ ما تبيَّنَ في ثاني الحالِ .

فإِنْ بَرِىءَ المريضُ مِنْ مرضِهِ ، أَو ماتَ ، وخرجتْ مِنْ ثُلثِهِ . . نَفذَ عِتقُها . وإِنْ لَم تخرجْ مِنْ ثُلثِهِ ولَم يُجزِ الورثةُ . . لَم يَنفذِ العتقُ في جميعِها . وربَّما ظهرَ عليهِ دَينٌ يَستغرقُ جميعَ التركةِ ، فلا ينفذُ العتقُ في شيءٍ منها .

وإِذا كانَ كذٰلكَ . . لَم يصحَّ عَقدُ النكاحِ علىٰ ٱمرأَةٍ مشكوكٍ في حرِّيَّتِها ، كما لَو أَسلمَ وثنيٌّ وتخلَّفتِ ٱمرأَتُهُ في الشِّركِ . . لَم يَجُزْ لَه أَنْ يَعقِدَ النكاحَ علىٰ أُختِها قبلَ ٱنقضاءِ عِدَّتِها .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ وٱبنُ اللَّبّانِ : وعلىٰ هٰذا لَو شهدتْ . . لَم تُقبلْ شهادتُها ، ولَو جَنَتْ أَو جُنيَ عليها . . لوقفَ ذٰلكَ ، وإِنْ قَذفتْ غيرَها . . لَم تَحدَّ حدَّ حُرَّةٍ ، وإِنْ قَذفَها قاذفٌ . . لَم يحدَّ حدَّ القذفِ ، وإِنْ ماتَ لَها مَنْ تَرثُهُ . . وقفَ ميراثُها منهُ علىٰ ما نتبيَّنُ مِنْ أَمرِ المعتِقِ . قالاَ : وكذٰلكَ لَو وهبَ في مرضهِ المَخُوفِ لغيرِهِ جاريةً تخرجُ مِنْ ثُلثِهِ ، وقبضَها الموهوبُ لَه . . لَم يَجُزْ لَه وَطؤُها قبلَ موتِ الواهبِ أَو بُرئِهِ مِنْ مَرَضِهِ ؛ لأَنَّ هبتَها موقوفةٌ علىٰ ما تبيَّنَ مِنْ حالهِ ، فلا يُباحُ لَه وَطءُ ٱمرأَةٍ يَشكُّ في مِلكِها .

فرعٌ : [أعتق أمته في مرضه المخوف وتزوجها قبل برئه] :

وإنْ أَعتقَ في مرضِهِ المَخُوفِ أَمَةً لَه تخرجُ مِنْ ثُلثِهِ ، فتزوَّجها قَبْلَ بُرئِهِ مِنْ مرضِهِ :

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : فعلىٰ قولِ آبنِ الحدَّادِ في المسأَلَةِ قَبْلَها لا يصحُّ نكاحُهُ لَها . وبهِ قالَ آبنُ اللَّبانِ ؛ لمَا ذكرناهُ في التي قَبْلَها .

وقالَ أَبو العبَّاسِ ابنُ سريجٍ ، والشيخُ أَبو حامدٍ ، وعامَّةُ أَصحابِنا : يصحُّ النكاحُ . وقدْ حكاهُ القاضي أَبو الطيِّبِ في « شرحِ المولدات » في موضعٍ آخَرَ عَنِ آبنِ الحدَّادِ : أَنَّه يصحُّ .

فإذا قُلنا بهٰذا ـ وهوَ المشهورُ ـ وماتَ . . فإنَّها لا تَرثهُ ؛ لأَنَّ إثباتَ ميراثِها يؤدِّي إلىٰ نفيهِ ؛ لأَنَّ عِتقَها في مرضِ الموتِ وَصيَّةٌ لَها ، والوصيَّةُ لا تصحُّ للوارثِ ، فلَو ورَّثناها منهُ . . لبَطَلَ عِتقُها ، وإذا بَطَلَ عِتقُها . . بَطلَ ميراثُها ، وما أَدَّىٰ إثباتُهُ إلىٰ نفيهِ . . بَطَلَ إثباتُهُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وليسَ علىٰ مذهب الشافعيِّ حرَّةٌ مسلِمةٌ لا تَرِثُ زوجَها إلاَّ هٰذهِ .

فعلىٰ هٰذا : إذا تزوَّجها بمَهرِ مِثلِها ولا يُنقِصُ مَهرُها ثُلثَهُ . . آستحقَّتْ ذٰلكَ . وإنْ تزوَّجها علىٰ أَكثرَ مِنْ مَهرِ مِثلِها ، والزّيادةُ تخرجُ مِنْ ثُلثِهِ . . آستحقَّتْ ذٰلك كلَّهُ ؛ لأَنَّها ليستْ بوارثَةٍ له .

وإنْ كانَ مَهرُها يُنقِصُ ثُلثَهُ ، بأَنْ كانتْ قيمتُها مئةَ درهمٍ ، ولَه مئتا درهمٍ عَيْنٌ[1] ، فتزوَّجها علىٰ مئتينِ أَو بعضِهما . . لَم تستحقَّ مَهراً ؛ لأَنَّها لوِ آستحقَّتْ ذٰلكَ . . لم يحصل للورثةِ مِثلا قيمتِها ، فيُرَقُّ بعضُها ، وإذا رقَّ بعضُها . . بَطَلَ نِكاحُها ، وإذا بَطَلَ النكاحُ . . بطلَ المهرُ ، وما أَدَّىٰ إثباتُهُ إلىٰ نفيهِ بَطَلَ إثباتُهُ . وهٰذهِ حرَّةٌ سليمةٌ لا تستحقُّ مَهرَها ولا نظيرَ لَها .

---

(١) عين : نقد .

فإنْ أَعتقَ المريضُ أَمَةً قيمتُها مئةٌ لا مالَ له غيرَها ، وتزوَّجها في مرضِهِ ، وماتَ :

فإنْ قُلنا بقولِ القاضي أَبي الطيِّبِ ، وٱبنِ اللَّبانِ . . فالنكاحُ باطلٌ .

وإنْ قُلنا بقولِ أَبي العبَّاسِ ، **وعامَّةِ أَصحابِنا** : فإنْ أَجازَ الورثةُ العِتقَ بعدَ الموتِ ، فإنْ قُلنا : الإجازةُ تنفيذٌ لمَا فعلَهُ الموصي . . حُكمَ بصحَّةِ النكاحِ ، وعليها عِدَّةُ الوفاةِ ، ولا مهرَ لَها سواءٌ دخلَ بها أَو لَم يدخلْ ؛ لأَنَّ إثباتَهُ يؤدِّي إلىٰ إسقاطِهِ علىٰ ما مضىٰ . وإنْ قُلنا : إنَّ الإجازةَ ٱبتداءُ عتقٍ مِنَ الورثةِ ، أَو لَم يُجيزوا . . كانَ النكاحُ باطلاً . فإنْ كانَ السيِّدُ لَم يطأْها قَبْلَ موتِهِ . . فلا كلامَ . وإنْ كانَ قدْ وَطئَها بعدَ العتقِ ، ومَهرُ مِثلِها خمسونَ . . كانَ لَها مِنْ مَهرِ مِثلِها بقَدْرِ ما فيها مِنَ الحرِّيَّةِ . فإن أَبرأَتْ منهُ . . عتقَ ثُلثُها ، ورُقَّ ثُلثَاها . وإنْ لَم تُبرىء منهُ . . دَخلَها الدَّورُ ، فنقولُ :

يَعتَقُ مِنَ الأَمَةِ شيءٌ مِنَ الثُّلثِ ، ولَها مِنْ مهرِ مِثلِها نصفُ شيءٍ مِنْ رأْسِ المالِ ، فبقيَ في يدِ الورثةِ جاريةٌ قيمتُها مئةٌ إلاَّ شيئاً ونصفَ شيءٍ يَعدِلُ مثلي الشيءِ الخارجِ بالوصيَّةِ ، وذٰلكَ شيئانِ ، فإذا جَبَرْتَ المئةَ بالشيءِ والنصفِ ، وزِدْتَ ذٰلكَ علىٰ الشيئينِ المعادلينِ . . عَدَلْتَ المحنةَ إلىٰ ثلاثةِ أَشياءَ ونصفٍ ، فالشيءُ الواحدُ سُبْعا الجاريةِ ، فيُعتَقُ منها سُبْعاها ، وتستحقُّ سُبْعَي مَهرِها ، وهوَ مثلُ سُبْعِ رقَبتِها ، فيقالُ للورثةِ :

إنِ ٱخترتُم أَنْ تبيعوا سُبْعَ رقَبتِها ، وتُسلِّموا ثمنَهُ إليها . . بقيَ معكُم أَربعةُ أَسباعِ رَقَبتِها ، وذٰلكَ مثلاَ ما عتقَ منها .

وإنِ ٱخترتُم أَنْ تُعطُوها سُبْعَي مَهرِها مِنْ خاصِّ أَموالِكُم . . مَلكتُم خَمسةَ أَسْبَاعِها .

وإنِ ٱختارتِ الأَمَةُ أَنْ تأْخُذَ سُبْعَ رَقَبتِها بمَهرِها :

قالَ ٱبنُ اللَّبانِ : كانتْ أَحقَّ بهِ مِنَ الأَجنبيِّ . **هٰذا هوَ المذهبُ** .

وفيها وجهانِ آخرانِ ، خرَّجهُما أَبو العبَّاسِ :

أَحدُهما : أَنَّ الذي غَرِمَهُ السيِّدُ مِنْ مَهرِها يكونُ مِنَ الثُّلثِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ خرجَ منهُ بسببِ عِتقِهِ ، ولا يَخرجُ منهُ بالعِتقِ وسببُهُ أَكثرُ مِنَ الثلثِ .

وعلىٰ هٰذا نقولُ : عتقَ منها شيءٌ ، ولَها مِنْ مَهرِها نصفُ شيءٍ ، وبقيَ في يدِ الورثةِ جاريةٌ قيمتُها مئةٌ إلاَّ شيئاً ونصفَ شيءٍ يَعْدِلُ ثلاثةَ أَشياءَ ، فإذا جَبَرْتَ . . عَدَلتِ

المئةُ أربعةَ أَشياءَ ونصفاً ، فالشيءُ تسعا الجاريةِ فيُعتَقُ تُسعاها ، ولَها تُسعا مَهرِها ، وهوَ مثلُ تُسعِ رَقَبتِها ، فيُباعُ في المهرِ ويُسلَّمُ إليها ، ويبقىٰ معَ الورثةِ ثُلثاها .

والوجهُ الثاني : يَجعلُ مَهرَها هدراً ، كما لَو وطِئَها السيِّدُ ثمَّ أَعتقَها .

فعلىٰ هٰذا : يُعتقُ ثلثُها ويُرقُّ ثلثاها ، فإِنْ أَحبلَها السيِّدُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تُعتقُ بموتهِ بالإِحبالِ لا بالإِعتاقِ ؛ لأَنَّ الميتَ لا ثلثَ لَه .

والثاني : تُعتَقُ مِنْ حينَ أَعتقَها ؛ لأَنَّها لَم تبقَ علىٰ مِلكِ الميتِ حتَّىٰ تجريَ فيها المورايثُ والوصيَّةُ ، وصارَ عتقُ الميتِ غيرَ مانعٍ للورثةِ مِنْ أَنْ يرثُوها . . فتكونُ كعِتْقِ الصحيحِ ، ويجبُ لَها المهرُ في ذمَّتهِ .

قالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : **والأَوَّلُ أَشبهُ** بمذهبِ الشافعيِّ .

فإِنْ تركَ السيِّدُ معَها مئةَ درهمٍ . . فإِنَّكَ تقولُ : عتقَ منها شيءٌ بالوصيَّةِ ، ولَها نصفُ شيءٍ بالمهرِ تأْخُذهُ مِنَ المئةِ ، ويُعتَقُ باقيها بالإِحبالِ مِنْ رأْسِ المالِ ، فبقيَ في يدِ الورثةِ مئةٌ إلاَّ نصفُ شيءٍ يَعدلُ مِثلَي ما عتقَ مِنها ، وذٰلك شيئانِ ، فإِذا جبَرتَ المئةَ بما نقصَ منها وزِدْتَهُ علىٰ الشيئينِ . . عَدَلَتِ المئةُ شيئينِ ، ونصفا الشيءِ خُمسا المئةِ وهوَ أَربعونَ ، فيُعلَمُ أَنَّ الذي عتقَ منها خُمساها وقيمتُهُ أَربعونَ ، فتستحقُّ خمسي مَهرِها وهوَ عشرونَ مِنَ المئةِ ، ويبقىٰ في يدِ الورثةِ ثمانونَ وهوَ مِثلاَ ما عتقَ مِنَ الجاريةِ .

وعلىٰ الوجهِ الذي يَجعلُ ما غَرِمَهُ السيِّدُ مِنَ المهرِ مِنَ الثُّلثِ يعدلُ المئةَ إلاَّ نصفَ شيءٍ ثلاثةَ أَشياءَ فإِذا جَبرْتَها عَدَلتْ ثلاثةَ أَشياءَ ، ونصفُ الشيءِ سُبْعَاها ، فإِذا ٱستحقَّتْ سُبْعَي مَهرِها ـ وهوَ سُبْعُ المئةِ ـ بقيَ في يدِ الورثةِ ستَّةُ أَسباعِ المئةِ ، وهوَ : مثلا ما عتقَ منها وأَخذتْهُ بالمهرِ .

وعلىٰ الوجهِ الذي يجعلُ المهرَ هَدْراً : يعتَقُ نِصفُها بالإِعتاقِ ، ونصفُها بالإِحبالِ ، ويبقىٰ في يدِ الورثةِ مئةٌ ، مثلا ما عتقَ منها بالإِعتاقِ .

وهٰكذا : إِنْ أَبرأَتْ مِنْ مَهرِها ، وقُلنا : يجبُ عِتقُ نصفِها بالإِعتاقِ ، ونصفِها بالإِحبالِ .

فرعٌ : [أعتق أم ولده في مرض موته ثم تزوجها بمهر مثلها] :

وإنْ أَعتقَ أُمَّ وَلدِهِ في مرضِ موتِهِ ، ثمَّ تزوَّجَها قَبْلَ موتِهِ بمهرِ مِثلِها . . صحَّ النكاحُ وَجهاً واحداً ، وورِثَتْهُ ؛ لأَنَّ عِتْقَها لا يُعتبرُ مِنْ ثلثِ التركةِ ؛ لأَنَّها مستحِقَّةٌ لِلعتْقِ بموتِهِ .

فإنْ أَصدَقَها أَكثرَ مِنْ مَهرِ مِثلِها . . كانَ ما زادَ علىٰ مهرِ مِثلِها وَصيَّةً لوارثٍ علىٰ ما مضىٰ ؛ لأَنَّها ترثُهُ ، فيثبتُ الميراثُ ولا تثبتُ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّهما لا يجتمعانِ . وإنَّما أَثبتنا الميراثَ ؛ لأَنَّه أَقوىٰ مِنَ الوصيَّةِ ؛ لأَنَّه يثبتُ بغيرِ ٱختيارِهِ ، والوصيَّةُ لا تثبتُ لَه إلاَّ بٱختيارِهِ[1] .

فرعٌ : [أعتق في مرض موته جارية علىٰ أن تتزوج به] :

وإنْ أَعتقَ في مرضِ موتهِ جاريةً لَه علىٰ أَنْ تتزوَّجَ بهِ ، ويكونَ عِتقُها صداقَها ، ورضيَتْ بهِ ، فتزوَّجَها قَبْلَ موتِهِ . . فإنَّ عِتْقَها يصحُّ ، ولا يلزمُها أَنْ تتزوَّجَ بهِ ؛ لأَنَّه سلَفٌ في عَقدٍ ، ويلزمُها قيمتُها لسيِّدِها ؛ لأَنَّه ما رضيَ بزوالِ مِلكِهِ عنها إلاَّ بعِوَضٍ ولَم تُسلِمْهُ لَه ، فيثبتُ لَه قيمتُها ، كما لَو كاتَبَها علىٰ مُحرَّمٍ وسَلَّمتْهُ إليهِ .

فإذا نكحَها . . صحَّ نِكاحُهُ لَهَا وَجهاً واحداً ؛ لأَنَّها لا تعتَقُ مِنْ ثلثِهِ ؛ لأَنَّها تعتقُ عليهِ بعوضٍ وترثُهُ ؛ لأَنَّ توريثَها لا يؤدِّي إلىٰ إبطالِ عتقِها ، فإنْ أَصدَقَها مَهرَ المثلِ . . ٱستحقَّتْهُ . وإنْ أَصدَقَها أَكثرَ مِنْ مَهرِ مِثلِها . . لَم تستحقَّ الزيادةَ مِنْ غيرِ إجازةِ الورثةِ ؛ لأَنَّها وارثةٌ لَه .

فرعٌ : [أعتقت في مرض موتها عبدها ثم تزوجته] :

وإنْ أَعتقتِ ٱمرأَةٌ عبداً لَها في مَرضِها المَخُوفِ ، ثمَّ تزوَّجتْ بهِ ولَها مالٌ يخرجُ العبدُ مِنْ ثُلثِهِ :

---

(١) يعني : الموصىٰ له .

فعلىٰ قولِ القاضي أَبي الطيِّبِ ، وٱبنِ الحدَّادِ ، وٱبنِ اللَّبَّانِ : النكاحُ باطلٌ ؛ لأَنَّ عِتْقَهُ موقوفٌ علىٰ ما يتبيَّنُ مِنْ أَمرِها ، ولا يجوزُ أَنْ يَقعَ عقدُ النكاحِ موقوفاً .

وعلىٰ قولِ أَبي العبَّاسِ ، **وعامَّةِ أَصحابِنا** : يصحُّ النكاحُ ، وإِذا ماتتْ . . لَم يَرِثْها ؛ لأَنَّ توريثَهُ منها يؤدِّي إِلىٰ إِبطالِهِ ، علىٰ ما مضىٰ في الأَمَةِ .

فرعٌ : [تزوج في مرض موته بأكثر من مهر المثل] :

وإِن تزوَّجَ ٱمرأَةً في مرضِ موتِهِ بمئةِ درهمٍ ، ومَهرُ مِثلِها خمسون ، فماتتْ قَبْلَهُ ، ووَرِثَها ، ولا مالَ لَهما غيرَها . . فحسابُهُ أَنْ نقولَ :

لَها مَهرُ مِثلِها خمسونَ ، ولَها مِمَّا بقيَ شيءٌ وَصيَّةً ؛ لأَنَّها لَم ترثْهُ ، فلمَّا ماتتْ قَبْلَهُ . . وَرِثَ عنها النصفَ ـ وهوَ : خمسةٌ وعشرونَ ـ ونصفَ شيءٍ ، فصارَ في يدِ وَرثةِ الزوجِ خمسةٌ وسبعونَ إِلاَّ نصفَ شيءٍ يَعدِلُ شيئينِ ، فإِذا جَبَرْتَها . . عَدَلَتْ شيئينِ ، ونصفا الشيءِ خُمسا ذٰلكَ ـ وهو : ثلاثونَ ، وهوَ الذي صحَّ لَها بالمُحاباةِ معَ مَهرِ مِثلِها ـ فذٰلكَ ثمانونَ ، وبقيَ في يدِ الزوجِ عشرونَ ، فلمَّا ماتتْ قَبْلَهُ . . وَرِثَ عنها نصفَ ما بيدِها أَربعينَ ـ وهو : نصفُ مهرِ مِثلِها ـ ونصفَ شيءٍ ، فصارَ معَهُ ستُّونَ ، مِثلا المحاباةِ .

فلَو تَركَ الزوجُ سِوىٰ الصَّدَاقِ خمسينَ ، أَو تركتِ الزوجةُ مئةً . . تمَّتِ المحاباةُ للزوجةِ . فَإِنْ تَركَ الزوجُ سِوىٰ الصَّدَاقِ عشرينَ ، وتركتِ الزوجةُ أَيضاً ثلاثينَ . . فحسابُهُ أَنْ يقولَ :

لَها مَهرُ مِثلِها خمسونَ ، ولَها مِما بقيَ شيءٌ مُحاباةً معَ الثلاثينَ التي لَها . . فتكونُ تَرِكَتُها ثمانينَ وشيئاً ، يرثُ الزوجُ نصفَها ، يضمُّهُ إِلىٰ باقي المئةِ في يدِ الزوجِ ، وإِلىٰ العشرينَ ، فيصيرُ في يدِهِ مئةً وعشرةً إِلاَّ نصفَ شيءٍ يَعدلُ شيئينِ . فإِذا جَبَرْتَها . . عَدَلَتْ شيئينِ ، ونصفا الشيءِ خُمسا ذٰلكَ ـ وهوَ : أَربعةٌ وأَربعونَ ـ فتأخذُ الزوجةُ ذٰلكَ معَ مَهرِ مِثلِها ، وتضمُّهُ إِلىٰ الثلاثينَ . . فيكونُ جميعُ تركتِها مئةً وأَربعةً وعشرينَ ، فيرثُ الزوجُ نصفَ ذٰلكَ ـ وهوَ : ٱثنانِ وستُّونَ ـ وقدْ بقيَ في يدِهِ مِنَ المئةِ ستَّةٌ والعشرونَ الأُخرىٰ ، فذٰلكَ كلُّه ثمانيةٌ وثمانونَ مِثلا المحاباةِ .

وإِنْ كانَ علىٰ كلٍّ وَاحدٍ عشرونَ ديناً ، ولا مالَ لهُما غيرَ المئةِ . . فحسابهُ أَنْ تقولَ :

لَها مَهرُ مِثلِها خمسونَ ، ولَها شيءٌ مُحاباةً ، يخرجُ مِنْها عشرونَ دَيْنُها ، بقيَ لَها ثلاثونَ وشيءٌ يرثُ الزوجُ نصفَ ذٰلكَ ـ وهو : خمسةَ عشرَ ـ ونصفَ شيءٍ يضمُّه إِلىٰ ما بقيَ معَهُ ، فيصيرُ خمسةً وستِّينَ إِلاَّ نصفَ شيءٍ ، يخرجُ دَيْنُهُ عشرونَ ، فيبقىٰ لوَرثتِهِ خمسةٌ وأَربعونَ إِلاَّ نصفَ شيءٍ يَعدِلُ شيئينِ ، فإِذا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ شيئَينِ ، ونصفا الشيءِ خُمسا ذٰلكَ ـ وهو : ثمانيةَ عشرَ ـ فيصحُّ لَها ذٰلكَ معَ مَهرِ مِثلها ، فيصيرُ ثمانيةً وستِّينَ ، فإِذا خرجَ لدَيْنِها عشرونَ ، بقيَ ثمانيةٌ وأَربعونَ . فيرثُ الزوجُ أَربعةً وعشرينَ معَ ٱثنينِ وثلاثينَ يبقىٰ معَهُ مِنَ المئةِ ، فذٰلكَ ستَّةٌ وخمسونَ ، فإِذا خرجَ لدَيْنِهِ عشرونَ . . بقيَ لورثتِهِ ستَّةٌ وثلاثونَ ، وهوَ مِثلا ما صحَّ لَها بالمُحاباةِ .

مسأَلةٌ : [شراء وبيع من في مرض الموت] :

وإِذا ٱشترىٰ شيئاً في مرضِ موتهِ ، أَو باعَهُ بثمنِ المِثلِ . . صحَّ ذٰلكَ ولَم يُعتبرْ مِنَ الثُّلثِ ؛ لأَنَّ ما رَجعَ إِليهِ مثلُ ما خرجَ منهُ .

وإِنِ ٱشترىٰ شيئاً في مرضِ موتهِ أَو باعَهُ ، وحابىٰ في ذٰلكَ . . ٱعتبرتِ المُحاباةُ مِنْ ثلثِ التركَةِ .

وقالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : **القياسُ يقتضي** أَنْ يَبطُلَ بيعُ المريضِ وشراؤُهُ إِذا كانَ فيهما محاباةٌ ؛ لأَنَّه لا يجوزُ أَنْ يَقعَ العقدُ موقوفاً ، علىٰ ما تبيَّنَ في باقي الحالِ[1] .

والمشهورُ هوَ الأَوَّلُ ، وعليهِ التفريعُ ، وقدْ مضىٰ ذٰلكَ في البيوعِ .

فرعٌ : [شراء من يعتق عليه في مرض موته] :

وإِنِ ٱشترىٰ ٱبنَهُ أَو أَباهُ في مرضِ موتهِ . . عتقَ مِنْ ثُلثِهِ ولا يرثُهُ ؛ لأَنَّ عِتْقَهُ وَصيَّةٌ ، ولا يجتمعُ لَه الميراثُ والوصيَّةُ .

---

(١) **باقي الحال** : أي ما يؤول إليه حاله ، وفي نسخة : (ثاني) .

وإنِ ٱشتراهُ بمُحاباةٍ ، وٱحتملَ الثُّلثُ عِتْقَهُ والمُحاباةَ . . عتقَ ، ولزمتِ المُحاباةُ للبائعِ . وإنْ لَم يحتملْهما الثُّلثُ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها ـ وهوَ المشهورُ ـ : أَنَّ المُحاباةَ تقدَّمُ في الثُّلثِ ؛ لأَنَّ البائعَ مَلكَ الثمنَ في حالِ ما مَلكَ المشتري المبيعَ ، ثمَّ يعتَقُ عليهِ بعدَ ذٰلكَ مِنَ الثُّلثِ . فإذا ٱستغرقتِ المُحاباةُ الثُّلثَ . . لَم يعتَقْ عليهِ ، ووَرِثَ عنهُ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي العبَّاسِ ابنِ سريجٍ ـ : أَنَّ البيعَ لا يصحُّ ؛ لأَنَّ تصحيحَهُ يؤدِّي إِلىٰ أَنْ يملكَ الإنسانُ أَباهُ أَوِ ٱبنَهُ ، ولا يعتقَ عليهِ ، وذٰلكَ يخالفُ مقتضىٰ العقدِ ، فلَم يصحَّ .

والثالثُ ـ وهوَ قولُ ٱبنِ اللَّبَّانِ ـ : أَنَّ الثُّلثَ يُقَسَّمُ بينَ العتقِ والمُحاباةِ علىٰ قَدْرِهما ؛ لأَنَّ في تقديمِ أَحدِهما إِبطالاً للآخَرِ ، وليسَ أَحدُهما بأَولىٰ مِنَ الآخَرِ .

وإنِ ٱشتراهُ في مرضِ موته بثمن مِثلِهِ ، وعليهِ دينٌ يستغرقُ مالَهُ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو العبَّاسِ ابنُ سريجٍ : لا يصحُّ الشراءُ ؛ لأَنَّ تصحيحَهُ يؤدِّي إِلىٰ أَنْ يملكَ أَباهُ أَوِ ٱبنَهُ ، ولا يعتقَ عليهِ ، فلَمْ يصحَّ ، كما لا يصحُّ شراءُ الكافرِ للعبدِ المسلِمِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَكثرِ أَصحابِنا ـ : يصحُّ الشراءُ ، ولا يعتقُ عليهِ ، ويباعُ في الدَّينِ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ موجبَ الشراءِ الملكُ ، والدَّينُ لا يمنعُ منهُ ، فلَمْ يمنعْ صحَّةَ الشراءِ . وعتْقُهُ معتبرٌ مِنَ الثُّلثِ ، والدَّينُ يَمنعُ منهُ كما يمنعُ الدَّينُ العتقَ بالإِعتاقِ . ويخالفُ شراءَ الكافرِ للمسلِمِ ، فإنَّ الكفرَ يمنعُ المِلكَ للعبدِ المسلمِ .

وإنْ كانَ مالُهُ مئتي درهمٍ وأَمةٌ تساوي مئةَ درهمٍ ولا يملكُ غيرَ ذٰلكَ ، فأَعتقَ الأَمةَ في مرضِ موتِهِ ، ثمَّ ٱشترىٰ أَباهُ أَوِ ٱبنَهُ . . قُدِّمَ عتقُ الأَمةِ .

وعلىٰ قولِ أَبي العبَّاسِ : لا يصحُّ الشراءُ ؛ لأَنَّه لا يملِكُهُ ، وهوَ لا يَعتقُ عليهِ .

وعلىٰ قولِ سائرِ أَصحابِنا : يصحُّ الشراءُ ، ولا يعتقُ عليهِ ، بلْ يورثُ عنهُ ، فإنْ كانَ في وَرثتهِ مَنْ يعتقُ عليهِ إذا مَلكَهُ . . عتقَ عليهِ نَصيبُهُ دونَ الباقي . وإنْ كانوا ممَّنْ لا يعتقُ عليهِ . . ٱستقرَّ مِلكُهم عليهِ .

وهٰكذا : لو أَبرأَ[1] البائعُ المشتريَ مِنَ الثمنِ ، أَو بَرِىءَ مِنْ مرضِهِ . . عتقَ عليهِ .

فرعٌ : [ورث من يعتق عليه بالملك في مرض موته] :

وإِنْ وَرِثَ مَنْ يعتقُ عليهِ بالمِلكِ في مرضِ موتهِ ، ولا دَينَ علىٰ الوارثِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما القاضي أَبو الطيِّبِ :

أَحدُهما : أَنَّه يُعتَقُ عليهِ مِنْ ثُلثِهِ ؛ لأَنَّه مَلكَهُ في مرضِ موتهِ وعتقَ عليهِ ، فهوَ كما لوِ ٱشتراهُ .

والثاني ـ وهوَ الأَصحُّ ـ : أَنَّه يعتقُ عليهِ مِن رأْسِ مالِهِ ؛ لأَنَّه دَخلَ في مِلكهِ بغيرِ ٱختيارِهِ ، وعتقَ عليهِ بغيرِ ٱختيارهِ ، فهوَ كما لَو تلفَ شيءٌ مِنْ مالِهِ في مرضِ موتهِ ، بخلافِ ما لوِ ٱشتراهُ .

وإِنْ وَهبَ لَه فقَبِلَهُ وقَبَضَهُ في مرضِ موتهِ ، أَو وَصَّىٰ لَه بهِ فقَبِلَهُ في مرضِ موتهِ ، ولا دَينَ عليهِ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّه إِذا وَرِثَهُ في مرضِ موتهِ يعتَقُ عليهِ مِنْ ثُلثِهِ . . فهاهُنا أَولىٰ .

وإِنْ قُلنا في الميراثِ : يُعتَقُ عليهِ مِنْ رأْسِ مالِهِ . . ففي الهبةِ والوصيَّةِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه يَعتقُ عليهِ مِنْ رأْسِ مالِهِ ؛ لأَنَّه دَخلَ في مِلكهِ بغيرِ عِوَضٍ .

والثاني ـ وهوَ الأَصحُّ ـ : أَنَّه يَعتَقُ عليهِ مِنْ ثُلثِهِ ؛ لأَنَّه دَخلَ في مِلكهِ بٱختيارِهِ للقبولِ ، فعتقَ مِنْ ثُلثِهِ ، كما لو ٱشتراهُ .

فكلُّ موضعٍ قُلنا : إِنَّه يَعتَقُ مِنْ رأْسِ المالِ . . فإِنَّه يَرثُ مِنْ مُعتِقِهِ ؛ لأَنَّ عِتْقَهُ ليسَ بوصيَّةٍ .

وكلُّ موضعٍ قُلنا : إِنَّه يَعتَقُ مِنَ الثُّلثِ . . فإِنَّه لا يَرثُ مِنَ المعتِقِ ؛ لأَنَّ عِتْقَهُ وَصيَّةٌ ، ولا يَجتمعُ لَه الميراثُ والوصيَّةُ .

---

(١) في حاشية نسخة : (برىء من الدين ومن المرض أيضاً بكسر الراء ، وبَرَأ مرضه بفتحها) .

وقالَ أَبو سعيدٍ الإصطخريُّ : لا يرثُ بحالٍ ، وليسَ بشيءٍ ؛ لأنَّه إذا لَم يكنْ عِتْقُهُ وَصيَّة . . لَم يُنافِ الميراثَ .

وأَمَّا إذا وَرِثَهُ ، أَو قَبِلَ وَصيَّتَهُ ، أَو قَبَضَهُ في هبةٍ في مرضِ موتِهِ ، وعليهِ دَينٌ يَستغرقُ تركتَهُ :

فإنْ قُلنا : إنَّه يَعتَقُ إذا لَم يكنْ عليهِ دَينٌ مِنْ رأسِ المالِ . . عتقَ هاهُنا ، ولا يباعُ في الدَّينِ .

وإنْ قُلنا هناكَ : إنَّه يَعتَقُ مِنَ الثُّلثِ . . فهاهُنا وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ الأَصحُّ ـ : أَنَّه يملكُهُ ويباعُ في الدَّينِ ؛ لأَنَّ العِتْقَ مِنَ الثُّلثِ لا يكونُ إلاَّ بعدَ الدَّينِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي العبَّاسِ ـ : أَنَّه لا يصحُّ قَبولُهُ في الهبةِ أَوِ الوصيَّةِ ، بلْ يكونُ علىٰ مِلكِ الواهبِ ، أَو وَرَثَةِ الموصىٰ ؛ لئَلاَّ يملكَهُ ولا يعتقَ عليهِ .

فرعٌ : [وهب له من يعتق عليه في مرض موته] :

إذا وَهبَ لَه مَنْ يَعتَقُ عليهِ في مرضِ موتِهِ ، أَو وَصَّىٰ لَه بهِ فقَبلَهُ[1] ، ثمَّ أَعتقَ الموهوبُ عبداً لَه آخرَ ، فإنِ ٱحتملَهُما الثُّلثُ . . عتقا . وإنِ ٱحتملَ الثُّلثُ أَحدَهما لا غيرَ :

فإنْ قُلنا : إنَّ عِتْقَ الموهوبِ أَوِ الموصىٰ بهِ مِنْ رأْسِ المالِ . . عتقا جميعاً .

وإنْ قُلنا : إنَّ عِتقَ الموهوبِ أَوِ الموصىٰ بهِ مِنَ الثُّلثِ . . قُدِّمَ عِتْقُ الموهوبِ أَوِ الموصىٰ بهِ في الثُّلثِ ، ووُقِفَ عِتْقُ الآخرِ علىٰ إجازةِ الورثةِ .

وإنْ بدأَ فأَعتقَ عبداً لَه قيمتُهُ جميعُ ثُلثِهِ في مرضِ موتهِ ، ثمَّ وَهبَهُ لَه مَنْ يَعتَقُ عليهِ أَو وصَّىٰ لَه بهِ فقَبلَ :

فإنْ قُلنا : يَعتَقُ الموهوبُ أَوِ الموصىٰ بهِ مِنْ رأْسِ المالِ . . عَتقا جميعاً .

---

(١) في (م) زيادة : (ثم أعتق له به فقبله) .

وإِنْ قُلنا : يعتقُ الموهوبُ أَوِ الموصىٰ بهِ مِنَ الثُّلثِ . . قُدِّمَ عتْقُ الأَوَّلِ في الثُّلثِ ، وفي الموهوبِ أَوِ الموصىٰ بهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَعتَقُ ويرثُهُ وَرثَةُ الموهوبِ .

والثاني : لا تصحُّ هبتُهُ ولا الوصيَّةُ لهُ بهِ .

واللهُ أَعلمُ

* * *

بابُ جامعِ الوصايا

إذا أَوصىٰ لجيرانهِ . . فإنَّه يُصرَفُ إِلىٰ أَربعينَ داراً مِنْ كلِّ جانبٍ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يكونُ ذٰلكَ للجارِ الذي يُلاصِقُهُ) .

وقالَ أَبو يوسفَ : (هوَ لأَهلِ الدَّربِ) .

وقالَ أَحمدُ : (هوَ لأَهلِ المسجدِ والجماعةِ ممَّنْ يسمعُ النداءَ والإِقامةَ) .

دليلُنا : ما رَوتْ عائشةُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ حدِّ الجوارِ ؟ فقالَ : « أَرْبَعُوْنَ داراً ، هٰكذا ، وهٰكذا ، وهٰكذا ، وهٰكذا ، يميناً وشمالاً وقُدَّاماً وخلفاً »[1] . وبعضُهم يرويهِ : « أَرْبَعُوْنَ ذِرَاعَاً » .

---

(١) أخرجه عن عائشة الصديقة من طريقين البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٧٦) في الوصايا ، وأورده عنه الزيلعي في « نصب الراية » (٤/ ٤١٤) ، والحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ١٠٧) ، والعجلوني في « كشف الخفاء » (١٠٥٤) وفيه قالت : يا رسول الله ما حدُّ الجوار ؟ قال : « أربعون داراً » وفي رواية عنها : « أوصاني جبريل بالجار إلىٰ أربعين داراً ، عشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا » قال البيهقي : في هٰذين الإسنادين ضعف ، وإنما يعرف من حديث ابن شهاب الزهري عن النبي ﷺ مرسلاً : « أربعين داراً جار » أورده أبو داود في « المراسيل » وفي الباب :

عن أبي هريرة رواه أبو يعلىٰ (٥٩٨٢) ، وابن حبان في « المجروحين والضعفاء » (٢/ ١٥٠) ، وأورده ابن حجر في « المطالب العالية » (٢٧٢٣) قال عنه الهيثمي في « المجمع » (٨/ ١٦٩) : رواه أبو يعلىٰ عن شيخه محمد بن جامع العطار وهو ضعيف ، وفيه أيضاً عبد السلام بن أبي الجنوب قال عنه ابن حبان : منكر الحديث يروي عن الثقات ما لا يشبه حديث الأثبات ، لا يعجبني الاحتجاج بخبره لمخالفته الأثبات في الروايات . قال عنه ابن حجر في « تلخيص الحبير » (٣/ ١٠٨) : وهو متروك .

وعن كعب بن مالك رواه الطبراني في « الكبير » (١٩/ ١٤٣) نحو سياق أبي داود وفيه يوسف ابن السفر وهو متروك أيضاً .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ لقراء القرآن] :

وإِنْ وَصَّىٰ لقرّاءِ القُرآنِ.. كانَ ذٰلكَ لِمَنْ يحفظُ جميعَ القُرآنِ . وهلْ يدخلُ فيهِ مَنْ يحفظُ بَعضَهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يدخلُ فيهِ ؛ لعمومِ قولِهِ .

والثاني : لا يدخلُ فيهِ ؛ لأَنَّهُ لا يُطلَقُ هٰذا الاسمُ في العُرفِ إِلاَّ علىٰ مَنْ يحفظُ جميعَهُ .

وإِنْ وَصَّىٰ للفقهاءِ.. صُرِفَ إِلىٰ الفقهاءِ دونَ الأُصوليّينَ والنُّحاةِ ، وأَهلِ اللُّغةِ والطبِّ . ولا يدخلُ فيهِ مَنْ يسمَعُ الحديثَ ولا يعرفُ طُرُقَهُ[1] ؛ لأَنَّه لا يُطلَقُ اسمُ الفقيهِ إِلاَّ علىٰ الفقهاءِ .

وإِنْ وَصَّىٰ إِلىٰ العلماءِ.. صُرِفَ إِلىٰ كلِّ عالمٍ بأُصولِ الشريعةِ وفروعِها دونَ غيرِهِم .

فرعٌ : [أوصىٰ لأعقل الناس] :

وإِنْ وَصَّىٰ لأَعقَلِ الناسِ.. قالَ الشافعيُّ : (صُرِفَ ذٰلكَ إِلىٰ أَورَعِ الناسِ وأَزهَدِهم ؛ لأَنَّ العقلَ : المنعُ ، وأَعقلُ الناسِ : أَمنَعُهم عَنِ المحارمِ) .

قالَ أَصحابُنا : **وعلىٰ هٰذا القياسِ** إِذا وَصَّىٰ لأَجهلِ الناسِ وأَسفلِهِم.. صُرِفَ ذٰلكَ إِلىٰ مَنْ يَسبُّ الصحابةَ رضيَ اللهُ عنهُم ، وإِلىٰ أَهلِ الذمَّةِ ؛ لأَنَّهم أَجهلُ الناسِ لمخالفَتِهِمُ الدلائلَ الواضحةَ .

فرعٌ : [أوصىٰ لمسجد أو سقاية] :

وإِنْ وَصَّىٰ بُثلثِهِ لمسجدٍ أَو لسقايةٍ ، أَو لبناءِ مسجدٍ أَو بناءِ سِقايةٍ ، أَو أَوصىٰ بأَنْ يُوقَفَ ذٰلكَ عليهِ.. قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : صحَّ ذٰلكَ ؛ لأَنَّه وَصيَّةٌ في طاعةٍ .

---

(١) **طرق الحديث** : هي اختلاف أسانيده ، وكثرة رواته وقلتهم ، والعدل والمجروح منهم وغير ذٰلك .

وإنْ وَصَّىٰ بثُلثِهِ لمفاداةِ أُسارىٰ المشركينَ مِنْ أيدي المسلمينَ :

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : صحَّتِ الوصيَّةُ ؛ لأنَّ المفاداةَ جائزةٌ فصحَّتِ[1] الوصيَّةُ لَه .

قالَ الشافعيُّ : (وإنْ وَصَّىٰ بمصحفٍ لذمِّيٍّ . . فالوصيَّةُ باطلةٌ) .

قالَ أصحابُنا : هٰذا علىٰ أحدِ القولينِ ، إذا قُلنا : لا يصحُّ شراؤُهُ لَه .

مسألةٌ : [أوصىٰ للأيتام] :

وإنْ أوصىٰ للأيتامِ . . صُرِفَ إلىٰ الصغارِ الفقراءِ ممَّنْ لا أَبَ لَه ؛ لقولهِ ﷺ : « لاَ يُتْمَ بَعْدَ ٱلْحُلُم »[2] .

ولأنَّ اليُتمَ في بني آدمَ : فقدُ الأَبِ ، وفي البهائمِ : فقدُ الأُمِّ .

وهلْ يدخلُ فيهِ مَنْ كانَ صغيراً غنيّاً لا أَبَ لَه ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَدخلُ فيهِ ؛ لأنَّه يتيمٌ بفقدِ الأَبِ .

والثاني : لا يَدخلُ فيهِ ؛ لأنَّ هٰذا الاسمَ لا يُطلَقُ في العادةِ إلاَّ علىٰ الفقيرِ الصغيرِ الذي لا أَبَ لَه .

فرعٌ : [أوصىٰ للأرامل] :

وإنْ وَصَّىٰ للأَراملِ . . دَخلَ فيهِ كلُّ ٱمرأةٍ فقيرةٍ لا زوجَ لَها .

وهلْ يدخلُ فيهِ مَنْ لا زوجَ لَها إذا كانتْ غنيَّةً ؟ علىٰ الوَجهينِ في الصغيرِ الغنيِّ .

وهلْ يدخلُ فيهِ مَنْ لا زوجةَ لَه مِنَ الرجالِ ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (فجازت) .

(٢) أخرجه عن علي رضي الله عنه أبو داود (٢٨٧٣) ، وابن عدي في « الكامل » (٧/ ٢٣١٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٧/ ٣٢٠) في الوصايا .

أَحدُهما : لا يدخلُ ؛ لأنَّه لا يُطلَقُ هٰذا الاسمُ في العُرفِ علىٰ الرجالِ[١] .

والثاني : يدخلُ فيهِ ؛ لأنَّه قدْ يُسمّىٰ مَنْ لا زوجةَ لَه مِنَ الرجالِ أَرملُ[٢] .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ للشيوخ] :

قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : وإِنْ وَصَّىٰ للشيوخِ . . أُعطيَ مَنْ جاوزَ الأَربعينَ سنةً . وإِنْ وَصَّىٰ للفتيانِ والشبابِ . . أُعطيَ مَنْ جاوزَ البلوغَ إِلىٰ الثلاثينَ . وإِنْ وَصَّىٰ للغلمانِ والصبيانِ . . أُعطيَ مَنْ لَم يبلغْ ؛ لأَنَّ هٰذهِ الأَسماءَ لا تُطلَقُ إِلاَّ علىٰ مَنْ ذَكرناهُ .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ للفقراء والمساكين] :

الفقراءُ والمساكينُ صنفانِ : فالفقيرُ أَمسُّ حاجةً مِنَ المسكينِ .

و(الفقيرُ) هوَ : الذي لا شيءَ لَه ، أَو لَه شيءٌ لا يقعُ موقعاً مِنْ كفايتِهِ ، مثلُ أَنْ كانَ يحتاجُ في كلِّ يومٍ إِلىٰ عشرةِ دراهمَ ، ولا يَجدُ إِلاَّ درهماً أَو درهمينِ .

و(المسكينُ) هوَ : الذي لا يجدُ ما يكفيهِ ، ويجدُ ما يَقعُ موقعاً مِنْ كفايتِهِ ، بأَنْ كانَ يَجدُ في كلِّ يومٍ ثمانيةَ دراهم ، وهوَ يحتاجُ إِلىٰ عشرةٍ .

فإِذا أَوصىٰ بثُلثِهِ للمساكينِ . . جازَ أَنْ يُصرفَ إِلىٰ المساكينِ والفقراءِ . وإِنْ وَصَّىٰ للفقراءِ . . جازَ أَنْ يُصرفَ إِلىٰ الفقراءِ والمساكينِ ؛ لأَنَّ معناهُ أَنَّهُ لِلمحتاجينَ ، والفقراءُ والمساكينُ محتاجونَ .

وحكىٰ أَبو إِسحاقَ المروزيُّ : أَنَّ الشافعيَّ قالَ : (إِذا أَوصىٰ لِلفقراءِ . . لَم يَجُزْ أَنْ

---

(١) هٰذا الأصح ، وهو مفهوم العامة .

(٢) قال في « المهذب » [١/ ٤٦٢] : قد يسمىٰ الرجل أرملاً ، قال الشاعر :

كُلُّ الأرامِلِ قد قضّيتَ حاجتَهم فمن لحاجة هٰذا الأرمل الذكر

وهو عند ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » : هذي الأرامل قد قضّيت حاجتها .

وأَرْمَلَ : نَفِذَ زاده وافتقر ، قال الشاعر :

أحب أن اصطاد ظبياً سخبلا رعىٰ الربيع والشتاء أرملا

يُدفَعَ منهُ شيءٌ إِلىٰ المساكينِ ؛ لأَنَّ الفقراءَ أَمسُّ حاجةً مِنَ المساكينِ) . **والمشهورُ هوَ الأَوّلُ** .

وإِنْ وَصَّىٰ للفقراءِ والمساكينِ . . وَجبَ أَنْ يُصرَفَ النصفُ إِلىٰ الفقراءِ ، والنصفُ إِلىٰ المساكينِ ؛ لأَنَّ الجمعَ بينَهُما في الوصيَّةِ يقتضي الجمعَ بينهُما في العطيَّةِ .

ويُصرَفُ ذٰلكَ إِلىٰ فقراءِ بلدِ الموصي ومساكينِهِ ؛ لأَنَّ كلامَ ٱلآدميِّ يُحمَلُ علىٰ المعهودِ في الشرعِ ، فلمَّا كانتْ صَدَقَةُ المالِ تختصُّ بفقراءِ البلدِ ومساكينِهِ ، فكذٰلكَ الوصيَّةُ لَهم . فإِنْ نُقِلَ عنهُم إِلىٰ بلدٍ آخرَ . . كانَ علىٰ الخلافِ في نَقْلِ الصدَقةِ .

قالَ الشافعيُّ : (وإِنْ فَضَلَ شيءٌ مِنَ الثلثِ عَنْ فقراءِ بلدِهِ . . نُقلَ[1] إِلىٰ أَقربِ البلدانِ إِليهِ) .

وأَقلُّ ما يُجزِىءُ : أَنْ يُدفَعَ إِلىٰ ثلاثةٍ مِنْ كلِّ صنفٍ ، غيرَ أَنَّ **المستحبَّ** أَنْ يَعُمَّ مَنْ في البلدِ مِنَ الصنفِ الموصىٰ لَه إِنْ أَمكنَهُ ، كما قُلنا في الزكاةِ .

فرعٌ : [أوصىٰ لغير الفقراء والمساكين ممن يستحق الزكاة] :

وإِنْ وَصَّىٰ للمؤَلَّفَةِ قُلوبُهم أَو للرِّقابِ أَو للغارمينَ أَو لسبيلِ ٱللهِ أَو لابنِ السبيلِ . . صُرِفَ إِلىٰ مَنْ يُصرَفُ إِليهِ الزكاةُ منهُم علىٰ ما بيَّنّاهُ في قسمِ الزكاةِ ؛ لأَنَّه قدْ ثَبتَ لهٰذهِ الأَسماءِ عرفٌ في الشرعِ ، فحُمِلَ مطلقُ كلامِ الآدميِّ عليهِ .

فرعٌ : [أوصىٰ لمعين من الفقراء] :

وإِنْ أَوصىٰ بثُلثِهِ لزيدٍ ولِلفقراءِ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ رحمهُ ٱللهُ : (هوَ كأَحَدِهِم) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ بظاهِرِهِ ، وأَنَّ **المستحبَّ** أَنْ يَعُمَّ فقراءَ البلدِ ، ويعطيَ زيداً كأَحدِهم . وأَقلُّ ما يُجزِىءُ أَنْ يدفعَ إِلىٰ ثلاثةٍ مِنَ الفقراءِ . وأَفادَ ما ذكرهُ هاهُنا : أَنَّه لا يجوزُ الإِخلالُ بهِ .

---

(١) في نسخة : (صرف) .

وهلْ يُشترطُ علىٰ هٰذا أَنْ يكونَ زيدٌ فقيراً ؟ فيهِ وجهانِ .

فمنهُم مَنْ قالَ : يجبُ أَنْ يُصرَفَ إِلىٰ زيدٍ نصفُ الثُّلثِ ، وإِلىٰ الفقراءِ النصفُ ؛ لأَنَّه أَضافَ الثُّلثَ إِلىٰ زيدٍ وإِلىٰ الفقراءِ ، فصارَ كما لَو قالَ : هٰذهِ الدارُ لزيدٍ وللفقراءِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : يجبُ أَنْ يُصرفَ إِلىٰ زيدٍ رُبعُ الثُّلثِ ، وإِلىٰ الفقراءِ ثلاثةُ أَرباعهِ ؛ لأَنَّ أَقلَّ ما يُجزىءُ أَنْ يُدفعَ إِلىٰ ثلاثةٍ مِنَ الفقراءِ ، فكأَنَّهُ أَوصىٰ لأَربعةِ فقراءَ .

ومِنْ أَصحابِنا الخراسانيِّينَ مَنْ قالَ : إِنْ قالَ : أَعطوا زيداً الفقيرَ والفقراءَ ، أَو زيداً المسكينَ والمساكينَ . . كانَ علىٰ الأَوجهِ الثلاثةِ .

وإِنْ قالَ : أَعطوا زيداً والفقراءَ . . كانَ في قَدْرِ ما يُعطىٰ زيدٌ وَجهانِ :

أَحدُهما : النصفُ .

والثاني : الرُّبعُ .

ومِنْ أَصحابِنا الخراسانيِّينَ مَنْ قالَ : تَبطلُ الوصيَّةُ لزيدٍ ؛ لأَنَّه جعلَهُ كأَحدِهم ، فإِذا لَم يُعلَمْ عددُهُم وتعذَّرَ حَصرُهم . . صارَ ما يخصُّهُ مجهولاً ، فبطَلَ .

فرعٌ : [وصىٰ لزيد بدينار] :

وإِنْ وصَّىٰ لزيدٍ بدينارٍ وبثلاثةٍ للفقراءِ[1] ، وزيدٌ فقيرٌ . . لَم يُعطَ غيرَ الدينارِ ؛ لأَنَّه قطعَ ٱجتهادَ الوصيِّ فيهِ بتقديرِ حقِّهِ بالدينارِ .

وإِنْ وَصَّىٰ بثَلاثةٍ لزيدٍ وعَمرٍو ، فردَّ عَمرٌو وَصيَّتَهُ ، وقَبِلَ زيدٌ وَصيَّتَهُ . . لَم يتوفَّرِ الثلاثةُ علىٰ زيدٍ ، بلْ يكونُ لزيدٍ نصفُ الثلاثةِ ؛ لأَنَّه وَصَّىٰ لكلِّ وَاحدٍ منهُما بنصفِ الثلاثةِ ، فإِذا ردَّ أَحدُهما وَصيَّتَهُ . . كانَ ذٰلكَ للورثةِ .

---

(١) في نسخة : (وبباقي ثلثه للفقراء) ، وفي (م) : (وصىٰ لزيد بدينار ديناً في ثلاثة للفقراء) ، لكن أفدنا في تصويب العبارة من « المهذب » وهي : وإن وصَّىٰ لزيد بدينار ، وبثلثه للفقراء وزيد فقير . . لم يعط غير الدينار .

مسأَلةٌ : [الوصية لقبيلة] :

وإِنْ وَصَّىٰ لقَبيلَةٍ لا ينحصرُ عددُهُم ، كبني بكرٍ وبني تميمٍ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : تصحُّ الوصيَّةُ ، ويجوزُ أَنْ يُصرفَ إِلىٰ ثلاثةٍ منهُم فما زادَ ، كما قُلنا في الوصيَّةِ لِلفقراءِ .

والثاني : لا تصحُّ الوصيَّةُ لَهم ؛ لأَنَّه لا يمكنُ حَصرُهُم ولا عُرْفَ لمَا يُعطىٰ منهُم في الشرعِ ، بخلافِ الفقراءِ .

وإِنْ وَصَّىٰ لزيدٍ ولبني تميمٍ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ الوصيَّةَ لبني تميمٍ تصحُّ . . ففي قَدْرِ ما يَستحقُّهُ زيدٌ معَهُم الأَوجهُ التي ذكرناها في الوصيَّةِ لزيدٍ وللفقراءِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : إِذا قُلنا : إِنَّه كأَحدِهم . . بَطلَتِ الوصيَّةُ لَه هاهُنا ؛ لأَنَّه لا يُعرَفُ عددُهم الذين يُضَمُّ إِليهم ، فلا يُعرَفُ قَدْرُ نصيبِهِ ، وليسَ بشيءٍ ؛ لأَنَّه يُعلَمُ أَنَّه أَوصىٰ لَه بشيءٍ في الجملةِ . وإِنْ لَم يُعرَفْ . . فهوَ كما لو أَوصىٰ لَه بشيءٍ مِنْ مالهِ .

وإِنْ قُلنا : لا تصحُّ الوصيَّةُ لِبني تميمٍ . . ففي قَدْرِ ما يستحقُّهُ زيدٌ الأَوجهُ في الوصيَّةِ لَه وللفقراءِ ، وما زادَ علىٰ ذٰلكَ يَرجعُ إِلىٰ الورثةِ .

فرعٌ : [الوصية بالثُّلث دون تعيين] :

وإِنْ قالَ : أَوصيتُ بثلثِ ماليَ ، وأَطلقَ . . صحَّ ذٰلكَ ، وصُرِفَ إِلىٰ الفقراءِ والمساكينِ ؛ لأَنَّ المعهودَ في الشرعِ أَنَّ الصدقاتِ لَهم ، فحُمِلَ مطلقُ كلامِ الآدميِّ عليهِ .

مسأَلةٌ : [ضع ثلثي فيما أراك الله] :

قالَ الشافعيُّ في « الأُمِّ » : (إِذا قالَ للوصيِّ : ضَعْ ثلثي فيمَنْ يُريكَ اللهُ ، أَو حيثُ ترىٰ ، أَو فيما يقرِّبني إِلىٰ اللهِ ، أَو في جهةِ البرِّ وجهةِ الثوابِ . . صُرِفَ ذٰلكَ إِلىٰ الفقراءِ والمساكينِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ جهةُ البرِّ والثوابِ) . ويُستحبُّ أَنْ يُقدَّمَ في ذٰلكَ مَنْ لا يرثُ

الموصيَ مِنْ أَقاربهِ ، وذوي رحمِهِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « صَدَقَتُكَ عَلَىٰ ذِي رَحِمِكَ : صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » .

فإنْ لَم يكنْ لَه ذو رَحِمٍ مِنَ ٱلنَّسَبِ . . فمِنَ الرَّضاعِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ ٱلرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ ٱلنَّسَبِ »(1) .

فإنْ لَم يكنْ لَه ذٰلكَ . . فإلىٰ جيرانِ الموصي ؛ لمَا رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَا زَالَ جِبْرِيْلُ يُوْصِيْنِيْ بِٱلْجَارِ حَتَّىٰ خَشِيْتُ أَنَّهُ سَيُوَرِّثُهُ »(2) .

ولَو دفعَهُ الوصيُّ إلىٰ مَنْ يَرِثُ الموصيَ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ لِلوارثِ لا تصحُّ .

ولا يجوزُ للوصيِّ أَنْ يَضعَهُ في نَفْسِهِ ، كما لَو وَكَّلَهُ في البيعِ . . لَم يَجُزْ أَنْ يَبيعَ مِنْ نَفْسِهِ .

مسأَلَةٌ : [وصىٰ لزيد وملك] :

وإنْ وَصَّىٰ لزيدٍ ولجبريلَ بثُلثِ مالِهِ . . كانَ لزيدٍ نصفُ الثُّلثِ ، وتَبطُلُ الوصيَّةُ لجبريلَ .

وإنْ وَصَّىٰ لزيدٍ وللرياحِ بثُلثِ مالِهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ لزيدٍ نصفَ الثُّلثِ ، وتبطُلُ الوصيَّةُ في النصفِ ، كما قُلنا في التي قَبْلَها .

---

(1) أخرجه عن ابن عباس رضي الله عنهما البخاري (٢٦٤٥) في الشهادات و(٥١٠٠) في النكاح ، ومسلم (١٤٤٧) في الرضاع .

(2) أخرجه عن عائشة الصديقة البخاري (٦٠١٤) في الأدب ، ومسلم (٢٦٢٤) في البر والصلة ، وأبو داود (٥١٥١) في الأدب ، والترمذي (١٩٤٣) في البر والصلة ، وابن ماجه (٣٦٧٣) في الأدب ، والخرائطي في « مكارم الأخلاق » (ص/ ٣٦) . قال الترمذي : هٰذا حديث حسن صحيح ، وفي الباب :
عن ابن عمرو رواه الترمذي (١٩٤٤) وقال : حسن غريب .
وعن ابن عباس ، وأبي هريرة ، وأنس ، والمقداد ، وعقبة بن عامر ، وأبي شريح ، وأبي أمامة .

والثاني : أَنَّ جميعَ الثُلثِ لزيدٍ ، وذِكْرُ الرياحِ لَغْوٌ . هٰذا ترتيبُ الشيخِ أَبي إِسحاقَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : إِذا أَوصىٰ بثُلثِهِ لزيدٍ وللملائكةِ ، أَو للرياحِ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنَّ لزيدٍ نصفَ الثُّلثِ ، وتَبطُلُ في النصفِ الآخَرِ ، كما لَو أَوصىٰ بثُلثِهِ لِوارثِهِ ولأَجنبيٍّ .

والثاني : أَنَّ جميعَ الثُّلثِ لزيدٍ .

والثالثُ : أَنَّ لزيدٍ منهُ ما يَقعُ عليهِ ٱسمُ شيءٍ تخريجاً مِنْ نصِّ الشافعيِّ : إِذا أَوصىٰ لزيدٍ ولِمَنْ لا يُحصىٰ .

وإِنْ وَصَّىٰ بثُلثِهِ لحيٍّ ولميتٍ . . فللحيِّ نصفُ الثُّلثِ ، وتَبطُلُ الوصيَّةُ للميتِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (الثُّلثُ كلُّهُ للحيِّ) .

وحكاهُ المسعوديُّ [في « الإبانة »] قولاً آخَرَ لنا ، وليسَ بمشهورٍ .

وإِنْ قالَ : ثلثي للهِ ولزيدٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ جميعَ الثُلثِ لزيدٍ ، وٱسمُ اللهِ للتبرُّكِ .

والثاني : أَنَّ لِزيدٍ نصفَ الثُلثِ ، ونصفُهُ للفقراءِ والمساكينِ ؛ لأَنَّ عامَّةَ ما يجبُ للهِ يُصرَفُ إِلىٰ الفقراءِ والمساكينِ ، فصارَ كما لَو قالَ : ثلثي لزيدٍ وللفقراءِ .

فرعٌ : [أوصىٰ لعقب زيد] :

إِذا أَوصىٰ لعَقِبِ زيدٍ ، فماتَ الموصي وزيدٌ حيٌّ ، ثمَّ ماتَ زيدٌ . . كانتِ الوصيَّةُ لِولدِهِ .

وإِنْ وَصَّىٰ لأَولادِ زيدٍ . . صُرِفَ إِلىٰ أَولادِهِ الموجودينَ يومَ عقدِ الوصيَّةِ ، دونَ مَنْ يولدُ بعدَهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يُصرَفُ إِلىٰ الموجودينَ يومَ موتِ الموصي) .

وقيلَ : إِنَّه قولٌ لنا .

فرعٌ : [الوصية لدابة فلان] :

قالَ في « العُدَّةِ » : إذا قالَ : أَوصيتُ لدابَّةِ فلانٍ . . سُئِلَ :

فإنْ قالَ : أَردتُ أَنَّ الدابَّةَ تَملِكُ ذٰلكَ . . لَم يكنْ شيئاً ؛ لاستحالةِ أَنَّها تَملِكُ .

وإنْ قالَ : أَردتُ بهِ أَنَّها تُعلَفُ بهِ . . فهلْ يُشترطُ قَبولُ مالِكِها ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : أَنَّه يُشترطُ قَبولُهُ ؛ لأَنَّ نَفقَتَها علىٰ مالِكِها ، فهوَ في الحقيقةِ وَصيَّةٌ له ، كما لَو وَصَّىٰ لعمارةِ دارِ فلانٍ . . فالقَبولُ إليهِ .

والثاني : أَنَّهُ لا يُشترطُ قَبولُهُ ، كما لَو وَصَّىٰ بعمارةِ مسجدٍ أَو قنطرةٍ .

فإذا قُلنا بالأَوَّلِ : كانَ الموصىٰ بهِ لمالِكِ الدابَّةِ ، إنْ شاءَ أَنفقَهُ علىٰ الدابَّةِ ، وإنْ شاءَ أَمسكَهُ علىٰ نَفْسِهِ وأَنفقَ عليها مِنْ حيثُ شاءَ .

ومَنْ قالَ بالثاني ، قالَ : يُنفِقُ الوصيُّ ذٰلكَ علىٰ الدابَّةِ ، فإنْ لَم يكنْ وصيٌّ . . أَنفقَهُ ربُّ الدابَّةِ عليها ؛ لأَنَّ الموصيَ قصدَ ذٰلكَ ، ولعلَّهُ عَلِمَ أَنَّ رَبَّ الدابَّةِ لا يُنفِقُ عليها ، وأَرادَ إحياءَ نَفْسِها ، وفي ذٰلكَ قربةٌ وطاعةٌ .

وإنْ ماتَ الموصي قبلَ أَنْ يُبيِّنَ . . رُجِعَ إلىٰ وَرثتِهِ :

فإنْ قالوا : أَرادَ أَنْ تُعلَفَ بهِ الدابَّةُ . . صحَّتِ الوصيَّةُ .

وإنْ قالوا : أَرادَ تمليكَها . . حَلَفوا علىٰ ذٰلكَ ، وبَطلتِ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ الدابَّةَ لا تملِكُ .

وإنْ قالوا : لا ندري ما أَرادَ . . كانَ كما لَو قالَ : أَوصيتُ لَها ، ولا نيَّةَ لَه . . فتَبطُلُ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ الدابَّةَ لا تملِكُ .

قالَ أَبو عليٍّ السنجيُّ : **فعلىٰ هٰذا** : إذا قالَ : وَقفتُ أَرضيَ هٰذهِ علىٰ المسجدِ أَوِ علىٰ الكعبةِ ، سُئِلَ ، فإنْ قالَ : أَردتُ علىٰ عِمارتِها . . صحَّ . وإنْ قالَ : أَردتُ أَنْ تكونَ المنافعُ ملكاً للمسجدِ أَو لِلكعبةِ ، أَو قالَ : لا نيَّةَ ليَ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّ المسجدَ والكعبةَ لا يَملِكانِ .

وإنْ ماتَ قبلَ أَنْ يبيِّنَ . . رُجِعَ إلىٰ وَرثَتِهِ ، وإذا صحَّتِ الوصيَّةُ للكعبةِ . . صُرِفَ إلىٰ عِمارتِها .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تُصرَفُ إِلىٰ مساكينِ مكَّةَ) وهوَ وجهٌ لبعضِ أَصحابِنا الخراسانيِّينَ .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ لرجل بقسط من ماله] :

إِذا أَوصىٰ رجلٌ لرجلٍ بنصيبٍ مِنْ مالِهِ ، أَو بحظٍّ أَو بقسطٍ أَو بجزءٍ أَو بقليلٍ أَو كثيرٍ . . فإِنَّ شيئاً مِنْ هٰذهِ ٱلأَلفاظِ لا يُقَدَّرُ بشيءٍ مملوكٍ ، بلْ أَيَّ شيءٍ أَعطاهُ الوارثُ جازَ ؛ لأَنَّه ليسَ لَه حدٌّ معلومٌ في اللُّغةِ ولا في الشرعِ ، وهٰذا لا خلافَ فيهِ .

وأَمَّا إِذا أَوصىٰ لَه بسهمٍ مِنْ مالِهِ : **فعندنا** لا يتقدَّر ذٰلكَ بشيءٍ معلومٍ ، بلْ أَيَّ شيءٍ أَعطاهُ الوارثُ قُبِلَ منهُ .

وقالَ أَبو يوسفَ ومحمَّدٌ : يدفَعُ إِليهِ مثلُ نصيبِ أَقلِّ وَرَثتِهِ نصيباً ، ما لَم يكنْ نصيبُ أَقلِّ وَرَثتِهِ أَقَلَّ مِنَ الثُّلثِ ، فإِنْ كانَ أَقلَّ مِنَ الثُّلثِ . . أُعطيَ الثُّلثَ .

وعَنْ أَبي حنيفةَ روايتانِ :

إِحداهُما : (أَنَّ لَه مثلَ أَخسِّ وَرَثتِهِ نصيباً ، ما لَم يكنْ أَقلَّ مِنَ السُّدسِ ، فإِنْ كانَ أَقلَّ مِنَ السدسِ . . أُعطيَ السدسَ) .

والثانية : (أَنَّ لَه مثلَ أَخسِّ وَرَثتِهِ نصيباً ، ما لَم يزدْ علىٰ السدسِ ، فإِنْ زادَ علىٰ السدسِ . . كانَ لَه السدسُ) .

دليلُنا : أَنَّ السهمَ لا يَتقدَّرُ في اللُّغةِ ولا في الشرعِ بشيءٍ معلومٍ .

ولهٰذا يقالُ : لَه في هٰذهِ الدارِ سهمٌ ، وقَدْ يكونُ قليلاً ، وقَدْ يكونُ كثيراً ، فهوَ كَما لَو أَوصىٰ لَه بحظٍّ أَو نصيبٍ مِنْ مالِهِ .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ لرجل بمثل نصيب وريثه الوحيد] :

إِذا كانَ لرجلٍ ٱبنٌ لا غيرُ ، فأَوصىٰ لرجلٍ بمثلِ نصيبِ ٱبنِهِ . . كانتِ الوصيَّةُ بنصفِ المالِ ، فتلزمُ الوصيَّةُ بالثُّلثِ ، وتُوقَفُ الوصيَّةُ بالسدسِ علىٰ إِجازةِ الوارثِ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (تكونُ الوصيَّةُ بجميعِ المالِ ، فيلزمُ في الثُّلثِ ويُوقَفُ في الثُّلثينِ علىٰ إجازةِ الوارثِ) .

دليلُنا : أَنَّ قولَهُ : أَوصيتُ بمثلِ نصيبِ ٱبني ، يحتملُ أَنَّه أَرادَ : بمثلِ نصيبِ ٱبني لَو لَم أُوصِ ، فتكونُ الوصيَّةُ بجميعِ المالِ .

ويحتملُ أَنَّه أَرادَ : بمثلِ نصيبِ ٱبني لَو كانَ معَهُ وارثاً ، فتكونُ الوصيَّةُ بالنصفِ .

فإذا ٱحتملَ هٰذينِ . . كانتِ الوصيَّةُ بالنصفِ ؛ لأَنَّه يقينٌ ، ولأَنَّه قدْ جعلَ لابنهِ نصيباً ، وهٰذا يقتضي ٱشتراكَهُما .

وإِنْ كانَ لَه ٱبنانِ ، فقالَ : أَوصيتُ لِفلانٍ بمثلِ نصيبِ ٱبنيَّ ، أَو أَحدِ ٱبنيَّ . . كانتِ الوصيَّةُ بالثُّلثِ ؛ لأَنَّ معناهُ معَ دخولِ الموصىٰ لَه معَ وَلديهِ ووُجوبِ حقِّهِ في تَركتِهِ ، فصارَ المالُ بينهُم أَثلاثاً .

فرعٌ : [أوصىٰ بمثل نصيب ٱبنته الوحيدة] :

وإِنْ كانَ لَه ٱبنةٌ واحدةٌ ، فقالَ : أَوصيتُ لِفلانٍ بمثلِ نصيبِ ٱبنتيَّ . . كانتِ الوصيَّةُ بالثُّلثِ[1] ؛ لأَن تقديرَ هٰذا : أَنَّه يَجعلُ الموصىٰ لَه كأَنَّه ٱبنةٌ لَه أُخرىٰ ، ولَو كانَ هناكَ ٱبنةٌ أُخرىٰ . . لكانَ لَهُما ثلثا المالِ ولبيتِ المالِ الثُّلثُ ، فكذٰلكَ هاهُنا مثلُهُ .

فإِنْ كانَ لَه ولدٌ خنثىٰ لا غيرُ ، فقالَ : أَوصيتُ لِفلانٍ بمثلِ نصيبِ وَلدي . . أُعطيَ الموصىٰ لَه الثُّلثَ ، والخنثىٰ الثُّلثَ ، ووُقِفَ الباقي :

فإِنْ بانَ الخنثىٰ ٱمرأَةً . . فقدِ ٱستوفىٰ الخنثىٰ حقَّهُ والموصىٰ لَه حقَّهُ .

وإِنْ بانَ الخنثىٰ رجلاً . . عَلِمنا أَنَّ الوصيَّةَ وَقعتْ في النصفِ ، فتُعتَبرُ إِجازةُ الابنِ في السدسِ .

---

(١) في حاشية نسخة : (قال الشاشي : فيه وجهان : **أحدهما** : له الربع ، وهو نصف حصة البنت . **والثاني** : له الثلث **وهو الصحيح** ؛ لأنه جعله على البنت الواحدة كالبنت الثانية ، كما يكون مع الابن بمنزلة ابن آخر) .

فرعٌ : [وصىٰ بنصيب ٱبنين] :

وإِنْ قالَ : أَوصيتُ لهُ بنصيبِ ٱبنيَّ. . فقدْ قالَ أَبو حنيفةَ : (الوصيَّةُ باطلةٌ) .

وقالَ مالكٌ : (هوَ كما لَو قالَ : أَوصيتُ لَه بمثلِ نصيبِ ٱبنيَّ) فتكونُ الوصيَّةُ عندَهُ بجميعِ المالِ .

وليسَ للشافعيِّ فيها نصٌّ .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، **وأَكثرُ أَصحابِنا** : هوَ كَما قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّه أَوصىٰ لَه بنصيبِ ٱبنهِ ، ونَصيبُهُ ما ٱستحقَّهُ بوفاةِ أَبيهِ ، فلا تصحُّ الوصيَّةُ بهِ ، كما لَو وَصَّىٰ بمالٍ لابنِهِ مِنْ غيرِ الميراثِ . ويفارقُ إِذا أَوصىٰ لَه بمثلِ نصيبِ ٱبنهِ ؛ لأَنَّه أَوصىٰ لَه بقَدْرِ نصيبِ ٱبنهِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : هوَ كما لَو أَوصىٰ لَه بمثلِ نصيبِ ٱبنهِ ، فيكونُ موصياً لَه بالنصفِ ؛ لأَنَّ معناهُ يؤُولُ إِلىٰ معنىً مثلِ نصيبِ ٱبنهِ ، كما يقالُ للزوجةِ : لَها مَهرُ مِثلِها ، ولا يكونُ ذٰلكَ لَها ، وإِنَّما يكونُ لَها مثلُ مَهرِ مِثلِها .

وإِنْ أَوصىٰ لَه بمثلِ نصيبِ ٱبنهِ وليسَ لَه إِلاَّ ٱبنٌ قاتِلٌ لهُ ، أَو مملوكٌ. . فالوصيَّةُ باطلةٌ ؛ لأَنَّه أَوصىٰ بمثلِ نصيبِ مَنْ لا نصيبَ لَه ، فهوَ كما لَو أَوصىٰ بمثلِ نصيبِ أَخيهِ ولَه ٱبنٌ .

فرعٌ : [أَوصىٰ بمثل نصيب أحد أبنائِهِ] :

وإِنْ كانَ لَه أَولادٌ ذكورٌ ونساءٌ ، فأَوصىٰ لآخَرَ بمثلِ نصيبِ أَحدِ أَولادِهِ. . فإِنَّه يدفعُ إِليهِ مثلُ نصيبِ بنتٍ ؛ لأَنَّها أَحدُ أَولادِهِ .

فإِنْ كانَ لَه ٱبنانِ وبنتٌ. . كانَ فريضتُهم مِنْ خَمسةٍ ، ويُزادُ للموصىٰ لَه سهمٌ سادسٌ .

وهٰكذا لَو قالَ : أَوصيتُ لَه بمثلِ نصيبِ أَحدِ ورثتي. . أُعطيَ الموصىٰ لَه مثلَ نصيبِ أَقلِّ الورثةِ نصيباً ، مِنْ زوجةٍ أَو غيرِه ؛ لأَنَّه اليقينُ .

مسألةٌ : [أوصىٰ له بضعف نصيب أحد الورثة] :

وإنْ أوصىٰ لَه بضعفِ نصيبِ أَحدِ وَرَثتِهِ . . أُعطيَ الموصىٰ لَه مِثلَي نصيبِ أَقلِّ الورثةِ نصيباً .

فإنْ خلَّفَ بنتاً وبنتَ ٱبنٍ وأُختاً لأَبٍ وأُمٍّ . . كانَ لابنةِ ٱلابنِ السدسُ ، سهمٌ مِنْ ستَّةٍ ، فيزادُ للموصىٰ لَه مِثلا نَصيبِها ـ وهوَ سهمانِ ـ فتُقَسَّمُ التركةُ علىٰ ثمانيةٍ : للابنةِ ثلاثةٌ ، وللأُختِ سهمانِ ، ولابنةِ الابنِ سهمٌ ، وللموصىٰ لَه سهمانِ .

وهٰذا **قولُ كافَّةِ العلماءِ** إلاَّ أَبا عبيدٍ القاسمَ بنَ سلاَّمٍ فإنَّهُ قالَ : الضِّعفُ عبارةٌ عَنْ مِثلِ الشيءِ مرَّةً ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأۡتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ يُضَٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ ضِعۡفَيۡنِۚ ﴾ [الأحزاب : ٣٠] .

فلمَّا ثبتَ بالإجماعِ أَنَّه أَرادَ بذٰلكَ حَدَّينِ . . عُلِمَ أَنَّ الضِّعفينِ عبارةٌ عَنْ مِثلَي الشيءِ ، وأَنَّ الضعفَ عبارةٌ عَنْ مِثلِ الشيءِ .

ودليلُنا : ما رويَ : (أَنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ أَضعفَ الصدقةَ علىٰ نصارىٰ بني تَغْلِبَ ـ أَي : أَخذَ منهم مِثلَي ما يأْخُذُ مِنَ المسلمينَ)[١] فعُلِمَ أَنَّ الضِّعفَ عبارةٌ عَنِ الشيءِ ومثلِهِ .

وأَمَّا الآيةُ : فظاهرُها أَنَّه كانَ يجبُ عليهنَّ ثلاثةُ حدودٍ ، وإنَّما تُرِكَ ذٰلكَ بدليلٍ وهوَ قولُه تعالىٰ : ﴿ وَمَن يَقۡنُتۡ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتَعۡمَلۡ صَٰلِحٗا نُّؤۡتِهَآ أَجۡرَهَا مَرَّتَيۡنِ ﴾ [الأحزاب : ٣١] فلمَّا جعلَ ثَوابهُنَّ مِثلَي ثوابِ غيرِهنَّ . . لَم يَجُزْ أَنْ يكونَ عَذابُهُنَّ أَكثرَ مِنْ مِثلَي عذابِ غيرِهنَّ ؛ لأَنَّ جزاءَ السيِّئةِ لا يَجوزُ أَنْ يكونَ أَكثرَ مِنْ جزاءِ الحسنةِ ؛ لأَنَّ اللهَ أَخبرَ أَنَّه يُجازي بالحسنةِ عشرَ أَمثالِها ، ويُجازي بالسيِّئةِ مِثلَها .

---

(١) أخرج خبر عمر عن داود بن كردوس ونعمان بن زُرعة وزياد بن جدير أبو عبيد في « الأموال » (٧٠) و(٧١) و(٧٢) في سنن الفيء والخمس والصدقة ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٢١٦/٩) في الجزية ، باب : نصارىٰ العرب تضعف عليهم الصدقة .

وإنْ قالَ : وَصَّيتُ لَه بضعفي نصيبِ أَحدِ ورثتي . . كانَ لَه ثلاثةُ أَمثالِ نصيبِ أَقلِّ وَرَثَتِهِ نصيباً .

وقالَ أَبو ثورٍ : (الضِّعفانِ عبارةٌ عَنْ أَربعةِ أَمثالِ نصيبِ أَقلِّهم) وهٰذا غلطٌ ؛ لأَنَّ الضِّعفَ لمَّا كانَ عبارةً عَنِ الشيءِ ومثلِهِ . . كانَ الضِّعفانِ عبارَةً عن الشَّيءِ ومِثلَيهِ .

فرعٌ : [الوصية لجماعة بوصايا مختلفة] :

إِذا أَوصىٰ لجماعةٍ بوَصايا مختلفةٍ ، ثمَّ قالَ : أَوصيتُ لفلانٍ بمثلِ ما أَوصيتُ بهِ لأَحدِ الناسِ . . أُعطيَ مثلَ أَقلِّهم وَصيَّةً ؛ لأَنَّه يقينٌ ، وما زادَ فهو مشكوكٌ فيهِ .

مسأَلةٌ : [وصَّىٰ لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه] :

إِذا أَوصىٰ لرجلٍ بنصفِ مالِهِ ، ولآخَرَ بثُلثِ مالِهِ ، فإِنْ أَجازَ الورثةُ . . قُسِّمَتِ التركةُ علىٰ ستَّةِ أَسهمٍ ، للموصىٰ لَه بالنصفِ ثلاثةُ أَسهمٍ ، وللموصىٰ لَه بالثُّلثِ سهمانِ ، وللورثةِ سهمٌ .

وإِنْ لَم يُجيزوا . . قَسَّموا المالَ علىٰ خمسةَ عشرَ سهماً ، للورثةِ عشرةٌ ولصاحبِ النصفِ ثلاثةٌ ولصاحبِ الثُّلثِ سهمانِ . وبهِ قالَ الحسنُ ، والنخعيُّ ، ومالكٌ ، وابنُ أَبي ليلىٰ ، وأَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ ، وأَحمدُ ، وإِسحاقُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (مَنْ أَوصىٰ لَه بزيادةٍ علىٰ الثُّلثِ . . سَقَطتِ الزيادةُ علىٰ الثُّلثِ ، وصارتْ بالثُلثِ لا غيرُ) وعلىٰ هٰذا : يكونُ الثُّلثُ بينهُما نصفينِ .

دليلُنا : أَنَّها وَصايا لَو كانتْ بالثُلثِ فما دونَ وقُسِّمتْ . . لقُسِّمَتْ علىٰ التفضيلِ . فإِذا كانتْ أَكثرَ مِنَ الثُلثِ . . قُسِّمَتْ علىٰ التفضيلِ ، كالوَصايا المرسلةِ ، وهوَ إِذا وَصَّىٰ لرجلٍ بأَلفِ درهمٍ ، ولآخَرَ بأَلفٍ ، ولآخَرَ بخمسِ مئةٍ ، وكانَ مالُهُ أَلفينِ . . فإِنَّ أَبا حنيفةَ وَافقنا إِذا لَمْ يُجزِ الورثةُ أَنَّ الثُلثَ يُقَسَّمُ بينهُم علىٰ التفضيلِ .

فرعٌ : [وصىٰ لرجل بنصف ولآخر بثلث ولآخر بربع] :

وإذا أَوصىٰ لرجلٍ بنصفِ مالِهِ ، ولآخَرَ بثُلثِ مالهِ ، ولآخَرَ بربُعِ مالهِ : فإنْ أَجازَ الورثةُ الوَصايا . . قُسِّمتِ التركةُ علىٰ ثلاثةَ عشرَ سهماً ؛ للموصىٰ لَه بالنصفِ : ستَّةُ أَسهمٍ ، ولِصاحبِ الثُّلثِ : أَربعةٌ ، ولِصاحبِ الرُّبعِ : ثلاثةٌ ؛ لأَنَّ الوَصايا ليستْ بآكدَ مِنَ ٱلمواريثِ ، ثمَّ التركةُ إِذا ضاقتْ أُعيلتْ[1] بالسهمِ الزائدِ ، فالوَصايا بذٰلكَ أَولىٰ .

وإنْ لَم يُجيزوا . . قُسِّمَ الثُّلثُ علىٰ ثلاثةَ عشرَ سهماً علىٰ ما مضىٰ . وعندَ أَبي حنيفةَ : (لا يضاربُ الموصىٰ لَه بالنصفِ إلاَّ بالثُّلثِ) فتُقَسَّمُ التركةُ علىٰ أَحدَ عشرَ سهماً ؛ للموصىٰ لَه بالنصفِ : أَربعةٌ ، وللموصىٰ لَه بالثُّلثِ : أَربعةٌ ، وللموصىٰ له بالرُّبعِ : ثلاثةٌ . وقدْ مضىٰ الدَّليلُ عليهِ .

وإنْ وَصَّىٰ لرجلٍ بجميعِ مالهِ ، ولآخَرَ بثلثِ مالهِ : فإنْ أَجازَ الوارثُ . . قُسِّمَ المالُ علىٰ أَربعةِ أَسهمٍ ، للموصىٰ لَه بجميعِ المالِ : ثلاثةٌ ، وللموصىٰ لَه بالثُّلثِ : سهمٌ . وإنْ لَم يُجزِ الورثةُ . . قُسِّمَ الثُّلثُ علىٰ أَربعةٍ .

وعندَ أَبي حنيفةَ روايتانِ عندَ الإِجازةِ :

إحداهُما : كقولِنا ، رواها عنهُ محمَّدٌ وأَبو يوسفَ .

والأُخرىٰ ـ رواها عنهُ الحسنُ بنُ زيادٍ ـ : (أَنَّ المالَ بينهُما عندَ الإِجازةِ علىٰ ستَّةِ أَسهمٍ ، للموصىٰ لَه بالجميعِ : خمسةٌ ، وللموصىٰ لَه بالثُّلثِ : سهمٌ) .

دليلُنا : أَنَّ أَقلَّ مالٍ لَه : ثُلُث ثلاثةٍ ، وثُلثُهُ : سهمٌ ، فقُسِّمَ علىٰ أَربعةٍ .

فرعٌ : [أوصىٰ بمثل نصيب ابنه ثم لآخر بمثل نصيبه] :

فإنْ كانَ لرجلٍ ٱبنٌ وَاحدٌ لا غيرُ ، فأوصىٰ لرجلٍ بمثلِ نصيبِ ٱبنهِ ، ثمَّ أَوصىٰ لآخَرَ بمثلِ نصيبهِ أَيضاً :

---

(١) **العول** : زيادة السهام علىٰ أجزاء أصل المسألة وارتفاعها . والعول مصدر عال يعول فهو لازم ، يقال : عالت الفريضة : إذا ارتفعت ، مأخوذ من قولهم : عال الميزان فهو عائل : أي مال وارتفع .

فإنْ أَجازَ الابنُ لَهُما . . قُسِّمَ المالُ بينهُما أثلاثاً .

وإنْ لَم يُجزْ لِواحدٍ منهُم . . قُسِّمَ الثُّلثُ بينَ الموصىٰ لَهُما نصفينِ .

وإنْ أَجازَ لأَحدِهما لا غيرُ . . أُعطيَ مَنْ لَم يُجِزْ لَه سدسَ المالِ ، وقُسِّمَ الباقي بينَ الابنِ والموصىٰ لَه نصفينِ . ويصحُّ مِنْ آثني عشرَ سهماً ، للذي لَم يُجزْ لَه : سهمانِ ، وللابنِ : خمسةٌ ، وللذي أَجازَ لَه : خمسةٌ .

فإنْ أَجازَ الابنُ للثاني بعدَ ذٰلكَ . . ضُمَّ السهمانِ اللذانِ في يدِ الموصىٰ لَه إلىٰ الخمسةِ التي بيدِ الابنِ فتصيرُ سبعةً ، وتُقَسَّمُ بينَ الابنِ والذي أَجازَ لَه ثانياً نصفينِ . وتصحُّ المسأَلةُ مِنْ أَربعةٍ وعشرينَ ، للّذي أَجازَ لَه أَوّلاً : عشرةٌ ، وللابنِ : سبعةٌ ، وللذي أَجازَ لَه آخِراً : سبعةٌ .

فرعٌ : [أوصىٰ بثلث ماله لأجنبي ولوارث] :

إذا أَوصىٰ بثلثِ مالهِ لأَجنبيٍّ ولوارثٍ لَه : فإنْ أَجازَ باقي الورثةِ وَصيَّةَ الوارثِ . . قُسِّمَ الثُّلثُ بينهُما نصفينِ . وإنْ رَدُّوا وَصيَّةَ الوارثِ . . كانَ للأَجنبيِّ نصفُ الثُّلثِ ؛ لأَنَّ الورثةَ لمَّا أَبطلوا وَصيَّةَ الوارثِ . . صارَ كأَنَّه لَم يوصِ إلاَّ بالسُّدسِ للأَجنبيِّ .

فإنْ كانَ لَه آبنانِ ، فأَوصىٰ لأَحدِهما بثُلثِ مالهِ ، ولأَجنبيٍّ بثلثِ مالهِ : فإنْ أَجازَ الابنُ الآخَرُ الوصيَّتينِ . . كانَ للأَجنبيِّ الثُّلثُ ، وللابنِ الموصىٰ لَه الثُّلثُ بالوصيَّةِ ، وفي الثُّلثِ الباقي وَجهانِ :

الصحيحُ : أَنَّه بينَ الابنِ الموصىٰ لَه وبينَ الثاني نصفينِ .

والثاني : أَنَّه للابنِ الذي لَم يوصَ لَه .

وإنْ ردَّ الابنُ الوصيَّةَ في أَحدِ الثُّلثينِ ، وأَجازَ الآخَرَ . . كانَ الثُّلثُ الباقي بينَ الأَجنبيِّ والابنِ الموصىٰ لَه نصفينِ ؛ لأَنَّه إذا أَوصىٰ لكلِّ وَاحدٍ منهُما بثلثِ مالهِ . . لَم تَقُلْ : إنَّ كلَّ وَاحدٍ مِنَ الثُّلثينِ موصىً بهِ لأَحدِهما ، بلْ كلُّ ثلثٍ مِنَ الثُّلثينِ موصىً بهِ لَهُما . فإذا لَم تصحَّ الوصيَّةُ في غيرِ ذٰلكَ الثُّلثِ كانَ بينهُما نصفينِ ؛ لأَنَّه مُوصىً بهِ لهُما .

فإنْ رَدَّ الابنُ أحدَ الثُّلثينِ ونصفَ الآخَرِ في حقِّ الابنِ الآخَرِ . . بَطَلَتِ الوصيَّةُ فيهِ ، وبقيَ للأجنبيِّ السدسُ لا غيرُ .

هٰكذا ذكرها الشيخُ أبو حامدٍ في « التعليقِ » ، والمحامليُّ في « المجموعِ » .

وإنْ ردَّ الابنُ الوصيَّةَ في الثُّلثِ الذي للابنِ . . فكَمْ يستحقُّ الأجنبيُّ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبَّاغِ :

أحدُهما ـ وهوَ قولُ القاضي أبي الطيِّبِ ـ : أنَّه لا يستحقُّ إلاَّ السدسَ فقطْ ؛ لأنَّ الابنَ الموصىٰ لَه يزاحمُهُ عندَ الإجازة ، فيكونُ لَه السدسُ ، وللأجنبيِّ السدسُ ، فإذا ردَّ الابنُ وَصيَّةَ أخيهِ . . بقيَ للأجنبيِّ السدسُ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أبي العبَّاسِ ابنِ سُريجٍ ، ولَم يُذكَرْ في « الإبانةِ » و« العُدَّةِ » غيرُهُ ـ : أنَّ لَه الثُّلثَ .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : كنتُ أجدُ[1] أنَّ لَه السدسَ ، ثمَّ رأيتُ ظاهرَ كلامِ الشافعيِّ أنَّ لَه الثُّلثَ ؛ لأنَّ الموصيَ لَم يرضَ بإخراجِ دونِ الثُّلثِ ، فلا يملكُ الوارثُ إسقاطَ حقِّهِ مِنَ الثُّلثِ ، ولأنَّ المزاحمةَ بالباطلِ لا تمكنُ ، وما للأجنبيِّ وحدَهُ لَم يجاوزِ الثُّلثَ ، فتمَّ لَه ذٰلكَ .

فإنْ أوصىٰ لأجنبيٍّ بثلثِ مالهِ ، ولكلِّ وَاحدٍ مِنِ ٱبنيهِ بثلثِ مالهِ ، وأجازَ كلُّ وَاحدٍ منهُما لِصاحبِهِ ، ولَم يُجيزا للأجنبيِّ . . **فالصحيحُ** أنَّ للأجنبيِّ ثلثَ مالهِ ، ولا معنى لقولِهما : لا نُجيزُ .

وفيهِ وَجهٌ آخَرُ : أنَّ الأجنبيَّ ليسَ لَه إلاَّ ثلثُ الثُّلثِ ؛ لأنَّ الثُّلثَ كانَ بينهُم أثلاثاً .

وإنْ أوصىٰ لأجنبيٍّ بنصفِ مالهِ ، ولأحدِ ٱبنيهِ بالنصفِ ، فأجازَ الابنانِ الوصيَّةَ للأجنبيِّ ، وأجازَ الابنُ الذي لَم يوصَ لَه لأخيهِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما القفَّالُ :

أحدُهما : أنَّ للأجنبيِّ النصفَ ، وللابنِ الموصىٰ لَه الثُّلثَ ونصفَ السدسِ ـ وهما : خمسةٌ مِنِ ٱثني عشرَ ـ ويبقىٰ للابنِ الذي لَم يوصَ لَه نصفُ السدسِ ـ وهوَ :

---

(١) في (م) : (أحكي) .

سهمٌ مِنِ ٱثني عشرَ ـ لأنَّه لَو لَم يوصِ إلاَّ للأجنبيِّ . . لاستحقَّ الثُّلثَ بغيرِ إجازةِ منهُما ، وٱستحقَّ كلُّ وَاحدٍ مِنَ الاثنينِ الثُّلثَ ، فلمَّا وَصَّىٰ للأجنبيِّ بالنصفِ ، وللابنِ بالنصفِ . . علمنا أنَّه وَصَّىٰ للأجنبيِّ بسدسٍ لا يستحقُّهُ إلاَّ بالإجازةِ مِنْ حقِّ الابنينِ الموصىٰ لَه وغيرِ الموصىٰ لَه ، فٱستحقَّهُ الأجنبيُّ بإجازتِهما لَه ذٰلكَ . وعلمنا أنَّه وَصَّىٰ لابنهِ بسدسٍ زائِدٍ علىٰ ثُلثِهِ المستحَقِّ لَه بالإرثِ مِنْ حقِّ أخيهِ ، ولا يستحقُّهُ إلاَّ بإجازةِ أخيهِ ، وقدْ أجازَهُ ، فإذا أجازَ للأجنبيِّ نصفَ السدسِ ، ولأخيهِ السدسَ . . بقيَ لَه نصفُ السدسِ .

والوجهُ الثاني ـ ولَم يذكرِ ٱبنُ اللَّبّانِ غيرَهُ ـ : أنَّ النصفَ للأجنبيِّ ، وللابنِ الموصىٰ لَه النصفُ ، ولا شيء للابنِ المجيزِ ، كما لَو لَم يكنْ لَه إلاَّ ٱبنٌ وَاحدٌ وأوصىٰ لأجنبيَّينِ ، لكلِّ وَاحدٍ منهُما بنصفِ مالهِ ، وأجازَ الابنُ الوصيَّتينِ .

قالَ القفَّالُ : وأصلُ هٰذينِ الوَجهينِ إنَّما هُما إذا قُلنا : تَجوزُ الوصيَّةُ للوارثِ . . فلأيِّ معنىً جازتْ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لأنَّه ألحقَها بالأجنبيِّ .

والثاني : لأنَّه قصدَ تفضيلَهُ علىٰ سائرِ الورثةِ .

فإذا قُلنا : لأنَّه ألحقَهُ بالأجنبيِّ . . ٱستحقَّ الابنُ الموصىٰ لَه هاهُنا النصفَ ، والأجنبيُّ النصفَ .

وإذا قُلنا : لأنَّه قصدَ تفضيلَهُ . . ٱستحقَّ هاهُنا ثلثاً ونصفَ سدسٍ ، وٱستحقَّ الذي لَم يوصَ لَه نصفَ سدسٍ ، وقدْ حصلَ لَه التفضيلُ بالثُلثِ .

قالَ القفَّالُ : وهٰكذا لَو أوصىٰ لأحدِ ٱبنيهِ بنصفِ مالِهِ ، وأجازَ لَه أخوهُ :

فإنْ قُلنا : لأنَّه ألحقَهُ بالأجنبيِّ . . كانَ النصفُ لَه بالوصيَّةِ ، والنصفُ الآخرُ بينَهُ وبينَ أخيهِ .

وإنْ قُلنا : لأنَّه قصدَ تفضيلَهُ . . فلا فائدةَ لَه في هٰذهِ الوصيَّةِ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : بلْ يجبُ أنْ يُقاسمهُ بالنصفِ الباقي هاهُنا علىٰ المعنيينِ ؛ لأنَّه لا يَحصلُ التفضيلُ إلاَّ بذٰلكَ .

وإنْ أَوصىٰ لأَحدِ ٱبنيهِ بثلثي مالِهِ ، وأَجازَ لَهُ الآخَرُ :

فإنْ قُلنا : لأَنَّه أَلحقَهُ بالأَجنبيِّ . . ٱستحقَّ الثُّلثينِ بالوصيَّةِ ، وقاسَمَ أَخاهُ بالثُّلثِ الباقي .

وإنْ قُلنا : لأَنَّه قصدَ تفضيلَهُ . . لَم يُقاسِمْ أَخاهُ في الثُّلثِ الباقي ؛ لأَنَّ التفضيلَ قد حصلَ .

وإنْ كانَ لَه ٱبنٌ وٱبنةٌ ، فأَوصىٰ لابنتهِ بنصفِ مالهِ ، وأَجازَ الابنُ الوصيَّةَ لَها :

فإنْ قُلنا : لأَنَّه أَلحقَها بالأَجنبيِّ . . ٱستحقَّتِ النصفَ بالوصيَّةِ ، وقاسمَتْ أَخاها في النصفِ الثاني ، فيحصلُ لَها ثُلثا المالِ .

وإنْ قُلنا : لأَنَّه قصدَ تفضيلَها . . لَمْ تُقاسِمْ أَخاها في النصفِ الثاني .

قالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : فإنْ أَوصىٰ لأَحدِ ٱبنيهِ بالنصفِ ، ولأَجنبيٍّ بالنصفِ ، فأَجازَ الابنُ الذي لَمْ يوصَ لَه الوصيَّتينِ ، ولَم يُجزِ الابنُ الموصىٰ لَه للأَجنبيِّ . . كانَ للأَجنبيِّ ثلثُ المالِ بغيرِ إِجازةٍ ، ولَه نصفُ السدسِ بإِجازةِ الابنِ المجيزِ لَه ، وللابنِ الموصىٰ لَه بالنصفِ النصفُ بالوصيَّةِ ، ونصفُ سدسٍ مِنَ النصفِ الموصىٰ بهِ للأَجنبيِّ مِنْ حقِّهِ ، فيصيرُ لَه سبعةٌ مِنِ ٱثني عشرَ . وهٰذا بناء علىٰ أَصلِهِ .

قالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : ولَو أَوصىٰ للأَجنبيٍّ بثُلثِ مالهِ ، ولِوارثٍ بجميعِ مالهِ ، فأَجازَ الورثةُ . . فللأَجنبيِّ الثُّلثُ كاملاً ؛ لأَنَّه أَحقُّ بهِ ، ولوارثِ الموصىٰ لَه الثُّلثانِ .

وإنْ لَم يُجزِ الورثةُ ما جاوزَ الثُلثَ . . فالثُلثُ كلُّه للأَجنبيِّ ، ولا شيءَ للوارثِ الموصىٰ لَه .

قالَ : وإنْ أَوصىٰ لأَجنبيٍّ بنصفِ مالهِ ، ولِوارثٍ بجميع مالهِ ، فأَجازَ الورثةُ . . فللأَجنبيِّ الثُّلثُ ؛ لأَنَّه أَحقُّ بهِ مِنَ الوارثِ ، ويبقىٰ مِنْ وَصيَّتِهِ السدسُ يُضرَبُ بهِ في الثُّلثينِ ، ويَضربُ الموصىٰ لَه في الثُّلثينِ بنصيبهِ ـ وهو : ستَّةُ أَسهمٍ ـ فيقتسمانِ الثُّلثينِ علىٰ سبعةِ أَسهمٍ ؛ للوارثِ : ستَّةُ أَسباعِ الثُّلثينِ ، وللأَجنبيِّ : سُبعُ الثُّلثينِ . وتصحُّ الفريضةُ مِنْ أَحدٍ وعشرينَ .

قالَ : فإنْ أَوصىٰ لأَحدِ ٱبنيهِ بنصفِ مالهِ ، ولأَجنبيٍّ بنصفِ مالهِ ، ولأَجنبيٍّ آخَرَ بثلثِ مالهِ ، وأَجازَ الابنانِ . . فإنَّ ثُلثَ التركةِ للأَجنبيَّينِ لا يضاربُهُما فيهِ الوارثُ ، ويبقىٰ مِنْ وَصيَّتِهِما النصفُ ، وللابنِ الموصىٰ لَه مثلُ ما بقيَ لَهُما ، فيضاربُهُما الابنُ الموصىٰ لَه في ثلثي التركةِ نصفينِ ، فيحصلُ للابنِ الموصىٰ لَه ثلثٌ ، وللأَجنبيَّينِ ثلثٌ ، فيضمَّانِهِ إِلىٰ الثُلثِ الأَوَّلِ ، فيحصلُ لَهُما الثُّلثانِ ، ويَقتسمانِ ذٰلكَ علىٰ قَدْرِ وَصيَّتِهِما ـ وهي : خمسةُ أَسهمٍ ـ للموصىٰ لَه بالنصفِ : ثلاثةُ أَسهمٍ ، وللموصىٰ لَه بالثُّلثِ : سهمانِ . وتصحُّ المسأَلةُ مِنْ خمسةَ عشرَ ، للابنِ الموصىٰ لَه : خمسةٌ ، وللموصىٰ لَه بالنصفِ : ستَّةٌ ، وللموصىٰ لَه بالثُّلثِ : أَربعةٌ .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ لفلان برقيق] :

إِذا قالَ : أَوصيتُ لفلانٍ برأْسٍ مِنْ رقيقي ، أَو قالَ : أَعطوهُ رأْساً مِنْ رقيقي ـ ولَه رقيقٌ ـ أَعطاهُ الوارثُ ما شاءَ منهُم صغيراً كانَ أَو كبيراً ، ذكراً أَو أُنثىٰ ، سليماً أَو معيباً ؛ لأَنَّ ٱسمَ الرقيقِ يقعُ عليهِ .

وهلْ يجوزُ أَنْ يدفعَ إِليهِ خُنثىٰ مُشكلاً ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ؛ لأَنَّ ٱسمَ الرقيقِ يقعُ عليهِ .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ إِطلاقَ ٱسمِ الرقيقِ لا ينصرفُ إِليهِ .

فإنْ أَرادَ الوارثُ أَنْ يشتريَ لَه رأْساً مِنَ الرقيقِ ، ويَدفعَهُ إِليهِ ، ويتملَّكَ ما خلَّفَهُ الموصي . . لَم يكنْ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ تعيَّنتْ في رقيقِ الموصي .

فإنْ ماتَ رقيقُ الموصي إِلاَّ وَاحداً منهُم . . لزمَ الوارثَ دفعُهُ إِلىٰ الموصىٰ لَه وإِنْ كانَ أَنْفَسَ الرقيقِ ؛ لأَنَّه تعيَّنَ للوصيَّةِ .

وإِنْ ماتوا كلُّهم قَبْلَ موتِ الموصي أَو بعدَ موتهِ مِنْ غيرِ تفريطٍ مِن الوارثِ . . بَطلتِ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّهم إِذا ماتوا قَبْلَ موتِ الموصي . . فقدْ جاءَ وقتُ لُزومِ الوصيَّةِ ولا رقيقَ لَه ، وإِذا ماتوا بعدَ موتهِ . . فقدْ تَلِفوا علىٰ الوارثِ وعلىٰ الموصىٰ لَه بغيرِ تفريطٍ مِنْ أَحدٍ ، فهوَ كالمالِ بينَ الشريكينِ .

وإنْ قُتِلُوا كلُّهم : فإنْ كانَ قَبْلَ موتِ الموصي. . بَطَلتِ الوصيَّةُ ؛ لأنَّه جاءَ وَقتُ لُزومِ الوصيَّةِ ولا رقيقَ لَه . وإنْ كانَ بعدَ موتِ الموصي. . لَم تَبطُلِ الوصيَّةِ ، وكانَ للوارثِ أَنْ يُعيِّنَ لَه قيمةَ أَيِّهمْ شاءَ وإنْ كانَ أَقلَّهم قيمةً ؛ لأَنَّ القيمةَ تقومُ مَقامَهم .

وإنْ قُتِلُوا إلاَّ وَاحداً منهُم قَبْلَ موتِ الموصي. . قالَ أَبو إسحاقَ : لزمَ الوارثَ تَسليمُهُ إِلىٰ الموصىٰ لَه وإنْ كانَ أَفضلَهُم ؛ لأَنَّه تعيَّنَ لِلوصيَّةِ ، فهوَ كما لَو ماتوا إلاَّ وَاحداً منهُم .

فإنْ قُتِلُوا بعدَ موتِ الموصي إلاَّ وَاحداً منهُم ، فقالَ الوراثُ : أَنا أُعطيهِ قيمةَ وَاحدٍ منهُم ولا أُسلِّمُ الباقيَ منهُم. . لَم يكنْ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الموصيَ إنَّما أَوصىٰ لَه برأْسٍ مِنْ رَقيقهِ ، فما دامَ هناكَ وَاحدٌ منهُم. . فٱسمُ الرقيقِ موجودٌ فيهِ ، فلا يجوزُ العُدولُ عنهُ إلىٰ القيمةِ .

وإنْ قالَ : أَعطوهُ رأْساً مِنْ رقيقي ، فماتَ ولا رقيقَ لَه ، أَو قالَ : أَعطوهُ عبديَ الحبشيَّ ، وليسَ لهُ عبدٌ حبشيٌّ. . لَم تصحَّ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّه أَوصىٰ لَه بِما لا يملِكُهُ .

وإنْ قالَ : أَعطوهُ رأْساً مِنَ الرقيقِ ، أَو مِنْ مالي ، فماتَ ولا رقيقَ لَه. . ٱشتُري لَه رأْسٌ مِنَ الرقيقِ ؛ لأَنَّه لَم يُضفْ ذٰلكَ إلىٰ رقيقِهُ ، وإنَّما أَضافَهُ إلىٰ مالهِ ، وما ٱشتُري مِنْ ثُلثِهِ. . فهوَ مِنْ مالهِ .

مسأَلةٌ : [وصَّى بعتق أحد رقيقه] :

إذا قالَ : أَعتِقوا عنِّي أَحدَ رقيقي ، ولَه رقيقٌ. . أَعتقَ عنهُ الوارثُ ما شاءَ منهُم ، وإنْ كانَ أَقلَّهم قيمةً .

وإنْ قالَ : أَعتِقوا عنِّي عبداً. . ٱشتُري لَه مِنْ ثُلثِهِ عبدٌ وأُعتِقَ عنهُ ، صغيراً كانَ أَو كبيراً ، مسلماً أَو كافراً . ولا يجوزُ عَتقُ أَمةٍ ولا خنثىٰ مُشكِلٍ ؛ لأَنَّه لا يقعُ عليهما ٱسمُ العبدِ .

وإنْ كانَ هناكَ خنثىٰ مشكلٌ زالَ إشكالُهُ ، وبانَ أنَّه رجلٌ . . فهلْ يُجزىءُ عتقهُ عَنِ الوصيَّةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يجزىءُ ؛ لأنَّه عبدٌ .

والثاني : لا يُجزىءُ ؛ لأنَّه لا يدخلُ في إطلاقِ اسمِ العبيدِ .

وهلْ يُجزىءُ إطلاقُ عبدٍ معيبٍ لا يُجزىءُ في الكفَّارةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يُجزىءُ ؛ لأنَّ العِتقَ في الشرعِ لَه عرفٌ ، وهوَ : السليمُ ، فحُمِلَ مُطلَقُ كلامِ الآدميِّ عليهِ .

والثاني : يُجزىءُ ، **وهوَ المشهورُ** ؛ لأنَّهُ يقعُ عليهِ اسمُ العبدِ ، فهوَ كالوصيَّةِ بالعبدِ لرجلٍ .

فرعٌ : [أوصىٰ بعبد قيمته مئة ولا مال له غيره] :

وإنْ كانَ لَه عبدٌ قيمتُهُ مئةٌ ، لا مالَ لَه غيرُهُ ، فأعتقَهُ في مرضِ موتهِ ، أو أوصىٰ أنْ يُعتَقَ عنهُ . . لَزمَ العتقُ في ثُلثِهِ ، فإنْ أجازَ الورثةُ العتقَ في ثُلثيهِ . . عتقَ جميعُهُ .

فإنْ قُلنا : إنَّ إجازةَ الورثةِ تنفيذٌ لمَا فعلَهُ مورِّثُهم . . كانَ وَلاءُ جميعِ العبدِ لِلموروثِ .

وإنْ قُلنا : إنَّ إجازَتَهم ابتداءُ عطيَّةٍ منهُم . . كانَ وَلاءُ ثلثِ العبدِ للموروثِ ، ووَلاءُ ثلثيهِ للورثةِ . **هٰذا قولُ عامَّةِ أصحابِنا** .

وقالَ ابنُ اللَّبَّانِ : يحتملُ أنْ يكونَ وَلاءُ جميعِ العبدِ للموروثِ علىٰ القولينِ ؛ لأنَّا وإنْ قُلنا : إنَّه ابتداءُ عطيَّةٍ[1] مِنَ الورثةِ ، فإنَّهم أعتقوهُ عَنِ الميتِ بإذنهِ ، ومَنْ أعتقَ عبداً عَنْ غيرهِ بإذنهِ . . كانَ وَلاؤُهُ لِلمعتَقِ عنهُ . فإنْ ظَهرَ بعدَ ذٰلكَ علىٰ الميتِ مئةٌ دينٌ عليه . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : بطلَ العتقُ في جميعِ العبدِ ؛ لأنَّ الوصيَّةَ إنَّما تُنفَّذُ في ثلثِ ما يَفضلُ بعدَ الدَّينِ ، فيرقُّ العبدُ ويباعُ في الدَّينِ .

---

(١) في (م) : (عتق) .

وإنْ ظَهرَ علىٰ الميتِ خمسونَ دينٌ . . بَطَلَ العتقُ في نصفِ العبدِ لأَجلِ الدَّينِ ، ولَزِمَ العتقُ في نصفهِ ؛ لأَنَّ الوارثَ قدْ أَجازَهُ .

وإنْ لَم يُجزِ الورثةُ العتقَ في ثلثيهِ . . عتقَ ثُلثُهُ ، ورُقَّ ثلثاهُ للورثةِ . فإنْ ظَهرَ علىٰ الميِّتِ مِنَ الدَّينِ مئةٌ . . بَطَلَ العتقُ في ثُلثِهِ ، وبِيْعَ في الدَّينِ . وإنْ ظَهرَ عليهِ مِنَ الدَّينِ خمسونَ . . بِيْعَ نصفُهُ في الدَّين ، وعتقَ سُدْسُهُ ، ورُقَّ للورثةِ ثُلثُهُ .

فرعٌ : [أوصىٰ بشراء عبد وعتقه بماله ثم وجد دين مستغرق] :

وإنْ كانَ لَه مئةُ درهمٍ لا يملكُ غيرَها ، فأَوصىٰ أَنْ يُشترىٰ لَه عبدٌ بمئةٍ ويُعتقَ ، وأَجازَ الورثةُ الوصيَّةَ ، فٱشترىٰ الوصيُّ لَه عبداً بمئةٍ وأَعتقَهُ عنهُ ، ثمَّ ظَهرَ علىٰ الميتِ مئةٌ دينٌ ، فإنْ كانَ الوصيُّ قدِ ٱشترىٰ العبدَ بعينِ الدراهمِ . . بَطَلَ الشراءُ ؛ لأَنَّه ٱشترىٰ لغيرِهِ ما لا يقعُ لَه فوقعَ لنَفْسِهِ ؛ لأَنَّه ٱشتراهُ بمالٍ تعلَّقَ بهِ حقُّ الغرماءِ ، ولَم يصحَّ العتقُ ؛ لأَنَّه علىٰ مِلكِ البائعِ .

وإنِ ٱشتراهُ الوصيُّ بمئةٍ في ذمَّتهِ ، ونَقَدَ المئةَ التي خلَّفَها الموصي في ثمنِ العبدِ . . صحَّ الشراءُ ؛ لأَنَّه ٱشتراهُ في ذمَّتِهِ ، ووَقعَ العتقُ عَنِ الميِّتِ ؛ لأَنَّه أَعتقَهُ عنهُ بإذنهِ ، ويضمنُ الوصيُّ المئةَ التي نَقَدها مِنْ مالِ المَّيتِ ؛ لأَنَّه نَقَدها ، وحقُّ الغرماء متعلِّقٌ بها فضمنَها لِلغرماءِ .

فرعٌ : [أوصىٰ بعتق رقاب] :

إذا أَوصىٰ أَنْ يُعتقَ عنهُ رقابٌ . . أُعتِقَ عنهُ ثلاثٌ ؛ لأَنَّ الرقابَ ٱسمُ جمعٍ ، وأَقلُّ الجمعِ ثلاثةٌ . فإنْ لَم يَحتملِ الثُّلثُ عَتقَ ثلاثِ رقابٍ ، وٱحتملَ عَتْقَ رقبَتينِ لا غيرَ ، أَو أَقلَّ . . أُعتِقَ عنهُ ما ٱحتملَهُ الثُّلثُ . وإنْ بقيَ مِنَ الثُّلثِ شيءٌ بعدَ الرَّقبَتينِ : فإنْ لَم يُمكنْ أَنْ يَشتريَ بما بقيَ بعضَ الثالثةِ . . زِيدَ في ثمنِ الرَّقبَتينِ . وإنْ أَمكنَ أَنْ يُشترىٰ بما بقيَ بعضُ الثالثةِ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو إِسحاقَ : يَشتري بهِ جزءاً مِنْ رَقبَةٍ ثالثةٍ ؛ لأَنَّه أَقربُ إِلىٰ العددِ الموصىٰ بهِ .

و[الثاني] : قالَ أَبو العبّاسِ وأكثرُ أَصحابِنا : بلْ يُزادُ ذٰلكَ في ثمنِ الرقَبَتينِ ، وهوَ المذهبُ ؛ لمَا رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ أَفضلِ الرقابِ ؟ فقالَ : « أَكْثَرُهَا ثَمَناً ، وأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا »[١] .

فإذا قُلنا بهٰذا : فٱشترىٰ أَنفسَ رقبَتينِ بثمنٍ ، وبقيَ مِنَ الثُّلثِ بقيَّةٌ لا تبلغُ ثَمنَ الثالثةِ :

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : بَطَلتِ الوصيَّةُ في البقيَّةِ ، ورُدَّتْ إِلىٰ الورثةِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فقدْ قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ في « الأُمِّ » : (قالَ لي قائلٌ : الاسترخاصُ معَ الاستكثارِ أَحبُّ إِليكَ ، أَمِ الاستغلاءُ معَ الاستقلالِ ؟ قلتُ : الاسترخاصُ معَ الاستكثارِ) .

ومعناهُ : أَنَّه إِذا أَمكنَهُ أَنْ يَشتريَ خمسةَ أَوساطٍ بثمنِ ثلاثةٍ جيادٍ . . كانَ الخمسُ أَولىٰ ؛ لقولهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً . . أَعْتَقَ ٱللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنْ أَعْضَائِهِ مِنَ ٱلنَّارِ حَتَّىٰ فَرجَهُ بِفَرجِهِ »[٢] ومعلومٌ أَنَّه إِذا أُعتِقَ خَمسَ مراتٍ مِنَ النارِ . . كانَ خيراً ممَّا دُونَها .

---

(١) أخرجه عن عائشة الصديقة مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٧٩ ـ ٧٨٠) .
وأخرجه عن أبي ذر البخاري (٢٥١٨) في العتق ، ومسلم (٨٤) في الإيمان ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ٢٧٣) في الوصايا .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » (٢/ ٤٢٠) ، والبخاري (٢٥١٧) في العتق و(٦٧١٥) في الكفارات ، ومسلم (١٥٠٩) (٢٢) في العتق ، والترمذي (١٥٤١) في النذور والأيمان ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٩٦٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ٢٧٣) (١٠/ ٢٧٢) في الوصايا .
قال الترمذي : هٰذا حديث حسن صحيح غريب من هٰذا الوجه . وفي الباب :
عن عائشة ، وعمرو بن عبسة ، وابن عباس ، وأبي أمامة ، وعقبة بن عامر ، وكعب بن مرة .
وعن واثلة بن الأسقع رواه أبو داود (٣٩٦٤) في العتق .
وعن عمرو بن عبسة رواه أبو داود (٣٩٦٥) مطولاً ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣١٤٢) في الجهاد .

مسأَلةٌ : [كاتب أو أوصىٰ بالمكاتبة عند موته] :

وإِنْ كاتَبَ عبداً لَه في مرضِ موتهِ ، أَو أَوصىٰ أَنْ يكاتبَ . . اُعتُبرتْ قيمةُ العبدِ مِنَ الثُّلثِ ؛ لأَنَّ ما يأْخذُهُ منهُ مِنَ العِوَضِ مِنْ كَسبِ عبدهِ ، فهوَ كما لَو أَعتقَهُ ، أَو أَوصىٰ بعتقِهِ بغيرِ عِوَضٍ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ وَصَّىٰ أَنْ يكاتَبَ عبدٌ . . لَم تُكاتَبْ أَمَةٌ ، ولا خنثىٰ مشكلٌ . وإِنْ وَصَّىٰ أَنْ تكاتبَ أَمَةٌ . . لَم يكاتَبْ عبدٌ ، ولا خنثىٰ مشكلٌ . وإِنْ أَوصىٰ أَن يكاتَبَ أَحدُ رقيقِهِ . . جازَ أَن يكاتِبَ عبداً أَو أَمةً مِنْ رقيقِهِ . وهلْ يجوزُ أَنْ يكاتِبَ خُنثىٰ مشكِلاً ؟

قالَ المزنيُّ : يجوزُ .

وقالَ الربيعُ : لا يجوزُ .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : الصحيحُ ما قالَهُ المزنيُّ ؛ لأَنَّ الخنثىٰ يقعُ عليهِ اُسمِ الرقيقِ . ومنهُم مَنْ قالَ : الصحيحُ ما قالَهُ الربيعُ ؛ لأَنَّ الخنثىٰ لا تدخلُ في إِطلاقِ اُسمِ الرقيقِ .

فإِنْ أَوصىٰ أَنْ يكاتَبَ عبدٌ مِنْ عبيدِهِ وفيهم خُنثىٰ قدْ زالَ إِشكالُهُ ، وبانَ أَنَّهُ رجلٌ . . فهلْ تجوزُ كتابتُهُ ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذكرهُما .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ بشاة لرجل] :

إذا قالَ : أَوصيتُ لفلانٍ بشاةٍ مِنْ ماليَ ، أَو قالَ : أَعطوا فلاناً شاةً مِنْ مالي . . أَعطاهُ الوارثُ شاةً ، صغيرةً كانتْ أَو كبيرةً ، ضائِنَةً كانتْ أَو ماعِزَةً ، سليمةً أَو مَعيبَةً ؛ لأَنَّ اُسمَ الشاةِ يَقعُ عليها .

قالَ الشافعيُّ : (ولا يعطي كبشاً ولا تيساً ؛ لأَنَّ اُسمَ الشاةِ إِنَّما يُعرفُ للإِناثِ دونَ الذكورِ) .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يجوزُ ؛ لأَنَّ هٰذا الاسمَ لِلجنسِ يَقعُ علىٰ الذَّكرِ

والأنثىٰ[1] ، كالإنسانِ يَقعُ علىٰ الرجلِ والمرأةِ .

قالَ الشافعيُّ : (ولا يُعطىٰ ظبياً ؛ لأنَّه وإنْ وَقعَ عليهِ ٱسمُ الشاةِ إلاَّ أنَّ الإطلاقَ لا ينصرفُ إليهِ) .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ كانَ للموصي غنمٌ . فإنَّ الوصيَّةَ لا تَنصرفُ إلىٰ غنمِهِ ، بلِ الوارثُ بالخِيارِ : بينَ أنْ يعطيَ مِنْ غنمهِ ، وبينَ أنْ يشتريَ لَه شاةً ؛ لأنَّه ٱعتُبِرَ خروجُها مِنْ مالِهِ ، وإذا ٱشتُرِيَ لَه مِنْ ثُلثِهِ . . فقدْ أخرجَها مِنْ مالهِ .

وإنْ قالَ : أعطوهُ شاةً مِنْ غنمي ، ولَه غنمٌ . . أُعطيَ وَاحدةً منها ، وليسَ للوارثِ أنْ يمتنعَ عَنْ دفعِ وَاحدةٍ منها ويَشتريَ لَه ؛ لأنَّه أَضافَ ذٰلكَ إلىٰ غنمهِ . فإنْ كانتْ غَنمُهُ كلُّها إناثاً ، أَو كلُّها ذكوراً . . أَعطاهُ وَاحدةً منها . وإنْ كانتْ ذكوراً وإناثاً . . فعلىٰ قولِ الشافعيِّ لا يُعطي إلاَّ أُنثىٰ ، وعلىٰ قولِ مَنْ خالفَهُ مِنْ أَصحابِنا يجوزُ أَنْ يُعطىٰ ذكراً منها .

وإنْ لَم يكنْ لَه غنمٌ ، أَو كانتْ فماتتْ قَبْلَ موتِ الموصي ، أَو بعدَ موتهِ ، مِنْ غيرِ تفريطٍ مِنَ الورثةِ . . بَطَلتِ الوصيَّةُ ، كما قُلنا في الرقيقِ .

وإنْ قالَ : أَوصيتُ لَه بشاةٍ مِنْ شِياهي[2] ولَه ظِباءٌ مملوكةٌ . . أَعطاهُ الوارثُ واحداً منها ؛ لأنَّه لا شياهَ لَه إلاَّ الظباءُ ، وهيَ ممّا يقعُ عليها ٱسمُ الشاةِ .

فرعٌ : [أوصىٰ بذكر فلا يعطىٰ أنثىٰ ولا عكسه] :

وإنْ وصَّىٰ لَه بجَملٍ . . لَم يعطَ ناقةً . وإنْ وصَّىٰ لَه بثورٍ . . لَم يُعطَ بقرةً . وإنْ وصَّىٰ لَه بناقةٍ أَو بقرةٍ . . لَم يُعطَ جَملاً ولا ثوراً . وإنْ وصَّىٰ لَه ببَعِيرٍ . . **فالمنصوصُ** : (أنَّه يُعطىٰ جملاً ولا يُعطىٰ ناقةً ؛ لأنَّ البعيرَ إنَّما يَنصرفُ إلىٰ الذَّكرِ دونَ الأُنثىٰ) .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يجوزُ أَنْ يَدفعَ إليهِ ناقةً ؛ لأنَّ البعيرَ يقعُ علىٰ الذَّكرِ

---

(١) كما يقال : في كل أربعين شاةً شاةٌ .

(٢) الشياه : جمع شاة كالشاء ، وتصغر علىٰ شويهة . قال في « الصحاح » : تقول ثلاث شياه إلىٰ العشرة ، فإذا جاوزت العشر . . فبالتاء ، فإذا كثرت . . قيل : هٰذه شاء كثيرة . وجمع الشاء : شَوِيٌّ .

والأُنثىٰ ، كالإنسانِ يقعُ علىٰ الرجلِ والمرأَةِ . ولهٰذا يقولُ الإِنسانُ : حَلبْتُ بَعيري ، وشربتُ لبنَ بعيري .

وإنْ قالَ : أَوصيتُ لَه بعشرةٍ مِنَ الإِبلِ ، أَو بعشرٍ مِنَ الإِبلِ . . فللورثةِ أَنْ يُعطوهُ ما شاؤوا مِنْ نوقٍ أَو جمالٍ ؛ لأَنَّ المُزنيَّ نقلَ : (بعشرةٍ) بثبوتِ الهاءِ ، ونَقلَ الربيعُ : (بعَشرٍ مِنَ الإِبلِ) بغيرِ هاءٍ ؛ لأنَّ للوارثِ أَنْ يُعطيَهُ ما شاءَ وإِنْ كان ثبوتُ الهاءِ في عددِ العشرِ وما دونَها يدلُّ علىٰ التذكيرِ ، وسقوطُها يدلُّ علىٰ التأْنيثِ[١] . إلاَّ أَنَّ الشافعيَّ لَم يعتبرْ فَرْقَ العربيَّةِ مع ذِكرِ الجنسِ ـ وهوَ : الإِبلُ ـ لأَنَّ ٱسمَ الجنسِ يقعُ علىٰ الذكورِ والإناثِ ، وكذٰلكَ ٱسمُ البقرِ يقعُ علىٰ الذكورِ والإِناثِ ، وإِنَّما يتخصَّصُ البقرُ إِذا كانتْ فيها هاءٌ بواحدةٍ أُنثىٰ .

وإِنْ قالَ : أَعطوهُ عشرَ أَيْنُقٍ ، أَو عشرَ بَقراتٍ . . لَم يُعطَ ذَكراً . وإِنْ قالَ : أَعطوهُ رأْساً مِنَ الغنمِ ، أَو رأْساً مِنَ الإِبلِ ، أَو رأْساً مِنَ البقرِ . . جازَ أَنْ يَدفعَ إِليهِ الوارثُ ما شاءَ مِنْ ذكرٍ أَو أُنثىٰ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يَعمُّ الجنسَ .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ بدابَّةٍ] :

قالَ الشافعيُّ : (وإِنْ قالَ : أَعطوهُ دابَّةً مِنْ مالي . . فمِنَ الخيلِ أَوِ البغالِ أَوِ الحميرِ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ : فقالَ أَبو العبّاسِ : إِنَّما قالَ الشافعيُّ هٰذا علىٰ عادةِ أَهلِ مصرَ ؛ لأَنَّهم يُطلقونَ ٱسمَ الدابَّةِ علىٰ الأَجناسِ الثلاثةِ . فأَمَّا أَهلُ العراقِ وغيرُهم : فلا يطلقونَ ٱسمَ الدابَّةِ إِلاَّ علىٰ الخيلِ .

فعلىٰ هٰذا : إِنْ كانَ الموصي بـ مصرَ . . أُعطيَ الموصىٰ لَه واحداً مِنَ الأَجناسِ الثلاثةِ . وإِنْ كانَ بغيرِها مِنَ البلادِ . . لَم يُعطَ إِلاَّ مِنَ الخيلِ .

وقالَ أَبو إِسحاقَ ، وأَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : بلْ يُعطىٰ الموصىٰ لَه واحداً مِنَ الثلاثةِ في جميعِ البلادِ ؛ لأَنَّ ٱسمَ الدابَّةِ يَنصرفُ إِطلاقُهُ إِلىٰ جميعِ هٰذهِ الأَجناسِ ، ولأَنَّ

---

(١) لأن العدد من الثلاث إلىٰ العشر يخالف معدوده .

ما ثبتَ لَه عُرفٌ في بلدٍ . . ثبتَ لَه ذٰلكَ العُرفُ في جميعِ البلادِ[1] ، ولا خلافَ أَنَّه لا يُحمَلُ علىٰ غيرِ هٰذهِ الأَجناسِ الثلاثةِ مِنَ الغنمِ والإِبلِ والبقرِ وإِنْ كانَ الدابَّةُ ٱسماً لكلِّ ما دبَّ علىٰ الأَرضِ حقيقةً ، بلْ يُصرفُ إِلىٰ ما يتعارفُهُ الناسُ فقطْ .

وإِنْ قالَ : أَعطوهُ دابَّةً مِنْ دوابِّيَ ، ولَه الأَجناسُ الثلاثةُ ، أَو كانَ عندَهُ جنسانِ وأَحدُهما مِنَ الخيلِ :

فعلىٰ قولِ أَبي إِسحاقَ : يُعطيهِ الوارثُ ما شاءَ ، وعلىٰ قولِ أَبي العبّاسِ : إِنْ كانَ الموصي بـ مصرَ . . أَعطاهُ الوارثُ ممّا شاءَ مِنَ الثلاثةِ ، وإِنْ كانَ بغيرِها . . لَم يُعطِ إِلاَّ مِنَ الخيل .

وإِنْ لَم يكنْ عندهُ إِلاَّ واحدٌ مِنَ الأَجناسِ الثلاثةِ . . أَعطاهُ الوارثُ مما عندَهُ واحداً ؛ لأَنَّهُ أَضافَهُ إِلىٰ دوابِّهِ ، وليسَ عندَهُ إِلاَّ ذٰلكَ .

قالَ أَبو إِسحاقَ : وإِنَّما نُخَيِّرُ الوارثَ بينَ الثلاثةِ الأَجناسِ إِذا لَم يكنْ في كلامِ الموصي ما يدلُّ أَنَّه أَرادَ أَحدَ الأَجناسِ . فأَمَّا إِذا قالَ : دابَّةً لِيقاتِلَ عليها ، أَو لينتفعَ بدرِّها وظهرِها . . لَم يُعطَ إِلاَّ الخيلَ . وإِنْ قالَ لينتفِعَ بظهرِها ونسلِها . . لَمْ يُعطَ إِلاَّ الخيلَ والحميرَ ، دونَ البغالِ .

قالَ في « المهذَّبِ » : وإِنْ قالَ : ليحملَ عليها . . أُعطيَ بغلاً أَو حماراً ، ولا يُعطىٰ فرساً .

فرعٌ : [أوصىٰ له بدابة وعنده غنم وبقر وإبل] :

وإِنْ قالَ : أَعطوهُ دابَّةً مِنْ دوابِّي ، وليسَ عندَهُ أَحدُ الأَجناسِ الثلاثةِ ـ الخيلِ والبغالِ والحميرِ ـ وإِنَّما عندَهُ الغنمُ والإِبلُ والبقرُ . . فلا أَعلمُ نصّاً فيها ، **والذي يقتضيهِ القياسُ** : أَنَّ الوارثَ يُعطيهِ واحداً منها ؛ لأَنَّه يقعُ عليها ٱسمُ الدابَّةِ ، وقدْ أَضافَ الوصيَّةَ إِلىٰ دوابِّهِ ، وليسَ دوابُّهُ إِلاَّ ذٰلكَ ، كما قالَ أَصحابُنا إِذا قالَ : أَعطوهُ شاةً مِنْ شياهي ، وليسَ عندَهُ إِلاَّ الظباءُ . . أَعطاهُ الوارثُ وَاحداً منها ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

---

(١) ولا مانع من اعتبار كلِّ بلد علىٰ عرفها ، وقرره بعضهم وهو المختار ، والله أعلم .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ له بكلب] :

إِذا قالَ : أَعطوهُ كلباً مِنْ مالي ، أَو وصَّىٰ لَه بكلبٍ ، ولا كلابَ لَه . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّه لا يصحُّ أَنْ يشتريَ لَه كلباً .

وإِنْ قالَ أَعطوهُ كلباً مِنْ كلابي ، ولَه كلابٌ . . نظرتَ : فإِنْ كانتْ كِلاباً لا يُنتفعُ بها بصيدٍ ولا حرثٍ ولا ماشيةٍ ، بلْ هيَ كلابُ الهراشِ[1] . . فالوصيَّةُ باطلةٌ ؛ لأَنَّه لا يُنتفَعُ بها ، ولا تُقرُّ اليدُ عليها . وإِنْ كانتْ كِلاباً يُنتفعُ بها بشيءٍ مما ذكرناهُ . . صحَّتِ الوصيَّةُ ، وأَعطاهُ الوارثُ ما شاءَ منها إِلاَّ أَنْ يُقرنَ الموصي بهِ بصيدٍ ، أَو حرثٍ ، أَو ماشيةٍ ، وهو عندَهُ . . أُعطيَ ذٰلكَ دونَ غيرِهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وإِنْ قالَ : أَوصيتُ لَه بكلبٍ مِنْ مالي ، ولَه كلابٌ يُنتفعُ بها . . صحَّتِ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ الكلابَ وإِنْ لَم تكنْ مالاً فإِنَّ قولَهُ مِنْ مالي يُحمَلُ علىٰ المجازِ ، ومعناهُ : ممّا لي ، وفي يَديَّ .

فرعٌ : [أوصىٰ له بأحد كلابه] :

وإِنْ كانَ لَه ثلاثةُ أَكلُبٍ يُنتفعُ بها ، فوصَّىٰ بِها لرجلٍ ، ولا مالَ لَه ، ولَم يُجزِ الورثةُ . . ففيهِ أَربعةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : يأْخذُ الموصىٰ لَه مِنْ كلِّ كلبٍ ثُلثَهُ ، كسائرِ الأَعيانِ .

والثاني : يُعطيهِ الوارثُ وَاحداً منها بالقُرعةِ ؛ لأَنَّه ليسَ بعضُها بأَولىٰ مِنْ البعضِ .

والثالثُ : يُعطيهِ الوارثُ وَاحداً منها بٱختيارِهِ .

والرابعُ : تُقدَّرُ لَو كانتْ متقوَّمَةً كمْ كانتْ قيمةُ كلِّ وَاحدٍ منها ؛ لأَنَّه لمّا لَم يُمكنْ تَقويمُها بأَنْفُسِها . . ٱعتبُرَتْ بما يُتقوَّمُ .

---

(١) **الهراش والتهريش** : كالتحريش بين الناس ، وفي الأثر : (يتهارشون تهارش الكلاب) ، أي : يتقاتلون ويتواثبون .

وإنْ كانَ لَه مالٌ ـ وإنْ قَلَّ ـ فوصَّىٰ بالأكلبِ الثلاثةِ لرجلٍ ، أو كانَ لَه كلبٌ وَاحدٌ ومالٌ ، فوصَّىٰ بالكلبِ لرجلٍ . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : ليسَ للموصىٰ لَه إلاَّ ثلثُ ما أَوصىٰ لَه بهِ مِنَ الكلابِ أَوِ الكلبِ ؛ لأنَّه لا يحصلُ للموصىٰ لَه شيءٌ إلاَّ ويحصلُ للورثةِ مِثلاهُ ، والكلابُ لا يمكنُ ٱعتبارُها مِنَ المالِ ؛ لأنَّه لا قيمةَ لها ، فٱعتُبرتْ بأَنْفسِها .

والثاني : أَنَّ الكلابَ أَوِ الكلبَ للموصىٰ لَه ؛ لأَنَّ أَقلَّ جُزءٍ مِنَ المالِ خيرٌ مِنْ كلبٍ .

وإنْ وصَّىٰ لرجلٍ بكلبٍ لَه ، ولا مالَ للموصي ، ولَم يُجزِ الورثةُ . . أُعطيَ الموصىٰ لَه ثُلثَ الكلبِ ، وللورثةِ ثُلُثاهُ ، كغيرِهِ مِنَ الأعيانِ .

مسألةٌ : [أوصىٰ بطبل] :

وإنْ قالَ : أَعطوهُ طَبْلاً مِنْ طُبولي : فإنْ كانَ لَه طَبْلُ الحربِ . . صحَّتِ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ ٱستعمالَهُ مباحٌ ، وهوَ آلةٌ للحربِ فهوَ كالسلاحِ .

قالَ الشافعيُّ : (فإنْ كانَ لا يسمَّىٰ طبلاً إلاَّ بجلدٍ . . أُلزمَ الوارثُ أَنْ يُسلِّمَهُ بجلدِهِ ، وإنْ كانَ يسمَّىٰ طبلاً بلا جلدٍ . . كانَ للوارثِ أَنْ يُعطيَهُ إيّاهُ بلا جلدٍ) .

وإنْ لَم يكنْ لَه إلا طَبْلُ اللَّهوِ ـ قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : مثلَ طبولِ المخنَّثينَ ـ فإنْ كانَ يَصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ وهيَ علىٰ تلكَ الهيئَةِ مِنْ غيرِ نقصٍ . . صحَّتِ الوصيَّةُ بها ؛ لأنَّه يمكنُ الانتفاعُ بها . وإنْ كانَ لا يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ إلاَّ بعدَ تفصيلِها وخروجِها عَنْ كونِها طُبولاً . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ بها ؛ لأنَّها حالَ ما تسمَّىٰ طُبولاً . . لا تَصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ ، وحالَ ما تَصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ . . لا يقعُ عليها ٱسمُ الطبولِ .

وإنْ كانَ لَه طبلُ الحربِ ، وطبلُ اللَّهوِ : فإنْ كانَ طبلُ اللَّهوِ لا يَصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ . . أَعطاهُ الوارثُ طبلَ الحربِ ، وإنْ كانَ طبلُ اللَّهوِ يَصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ معَ كونهِ يُسمَّىٰ طبلاً . . أَعطاهُ الوارثُ ما شاءَ منهُما . هٰذا نقلُ أَصحابِنا البغداديّينَ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤١٤] : الطبولُ ثلاثةٌ ، طبلُ الحربِ ، وطبلُ

اللَّهوِ وطبلُ العطر : وهو سفطٌ[١] مِنْ خيرزانٍ يضعُ فيهِ العطّارُ العطرَ .

فإنْ كانَ في مِلكهِ طبلُ الحربِ وطبلُ العطرِ . . أعطاهُ الوارثُ ما شاءَ منهُما . وإنْ كانَ عندَهُ الطبولُ الثلاثةُ ، وكانَ طبلُ اللَّهوِ يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ معَ كونهِ يُسمَّىٰ طبلاً . . أعطاهُ الوارثُ أيَّ الطبولِ الثلاثةِ شاءَ .

وإنْ قالَ : أعطوهُ طبلاً مِنْ مالي . . ٱشتَرَوا لَه طبلاً تصحُّ الوصيَّةُ بهِ علىٰ ما ذكرناه .

فرعٌ : [الوصية بدفٍّ] :

وإنْ قالَ : أوصيتُ لَه بدفٍّ مِنْ دُفوفي ولَه دفوفٌ ، أو بدَفٍّ مِنْ مالي . . صحَّتِ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ ضَرْبَ الدُفِّ في النكاحِ والختانِ جائزٌ ؛ لمَا رويَ أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « أَعْلِنُوا ٱلنِّكَاحَ وَٱضْرِبُوْا عَلَيْهِ بِٱلدُّفُوفِ »[٢] .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ له بعود] :

وإنْ وصَّىٰ لَه بعودٍ مِنْ عِيدانهِ : فٱسمُ العودِ يقعُ علىٰ عودِ اللَّهوِ الذي يضربُ بهِ ، وعلىٰ العودِ الذي يَصلحُ للقوسِ ، وعلىٰ العودِ الذي يَصلحُ للبناءِ ـ وهي : الأَخشابُ ـ فإنْ كانتْ عندَهُ هٰذهِ العيدانُ الثلاثةُ . . نظرتَ : فإنْ كانَ عودُ اللَّهوِ يَصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ وهوَ علىٰ هَيئتِهِ يَقعُ عليهِ ٱسمُ ٱلعودِ . . ٱنصرفتِ الوصيَّةُ إلىٰ عودِ اللَّهوِ ؛ لأَنَّ إطلاقَ ٱسمِ العودِ إليهِ أَسبَقُ . وللوارثِ أَنْ يُعطيَهُ عودَ اللَّهوِ بلا مِضرابٍ[٣] ، ولا وَترٍ ، ولا ملاوٍ[٤] ؛ لأَنَّ هٰذهِ الأَشياءَ لا تصلحُ علىٰ العودِ إلاَّ للَّهوِ ، ولأَنَّه يُسمَّىٰ عوداً وإنْ أُمسِكَتْ عنهُ . هٰذا نقلُ البغداديّينَ .

---

(١) السفط : وعاء يوضع فيه الطيب والأدوية ونحوها .

(٢) أخرجه عن عائشة الترمذي (١٠٨٩) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٧/ ٢٩٠) في النكاح . قال الترمذي : هٰذا حديث حسن غريب ، وفيه عيسىٰ بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث .

(٣) المضراب : آلة يضرب بها الوتر عند ندف القطن وغيره .

(٤) الملاوي ـ في الموسيقا ـ : قطع من الخشب لربط الوتر ، الواحد مِلْوى .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤١٥] : يُعطيهِ الوارثُ أيَّ العيدانِ شاءَ .

فإنْ كانَ عودُ اللَّهوِ لا يَصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ معَ كونِهِ يسمَّىٰ عوداً . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ بهِ ؛ لأنَّه لا يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : ويعطيهِ الوارثُ ما شاءَ مِنْ عودِ القوسِ ، أو عودِ البناءِ وَجهاً واحداً ؛ لأنَّ الوصيَّةَ تمليكٌ ، فإذا لَم تصحَّ بِما يُطلقُ الاسمُ عليهِ . . انصرفَ الإطلاقُ إلىٰ ما يصحُّ أنْ يُملكَ ، كما قُلنا في الطَّبْلِ .

وذكرَ في « المهذَّبِ » فيها وَجهينِ :

أحدُهما : هٰذا ، **والثاني** : أنَّ الوصيَّةَ باطلةٌ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأنَّ العودَ لا يُطلَقُ إلاّ علىٰ عودِ اللَّهوِ . فإذا كانَ لا يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ . . كانَ وصيَّةً بمحرَّمٍ ، بخلافِ الطَّبْلِ فإنَّه يَقعُ علىٰ طبلِ الحربِ وطبلِ اللَّهوِ .

قالَ في « المهذَّبِ » : وإنْ وصَّىٰ لَه بعودٍ مِنْ عِيدانهِ وليسَ عندَهُ إلاَّ عودُ القوسِ ، وعودُ البناءِ . . أُعطيَ منها ؛ لأنَّه أضافَهُ إلىٰ ما عِندَهُ ، وليسَ عندَهُ سواه .

قالَ[1] : وهٰذا يدلُّ علىٰ صحَّةِ ما ذكرهُ الشيخُ أبو حامدٍ في التي قَبْلَها .

فرعٌ : [الوصية بمزمار] :

وإنْ قالَ : أوصيتُ لفلانٍ بمزمارٍ مِنْ مزاميري : فإنْ كانَ المزمارُ يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ علىٰ هيئَتِهِ . . صحَّتِ الوصيَّةُ بهِ .

قالَ الشافعيُّ : (ويَدفعُ إليهِ الوارثُ المزمارَ دونَ المَجْمَعِ) الذي يُترَكُ في الفمِ عندَ الزَّمْرِ ؛ لأنَّ المَجْمَعَ لا يَصلحُ إلاّ للَّهوِ ، ولأنَّه يسمَّىٰ مزماراً وإنْ لَم يكنْ فيهِ مجمعٌ .

وإنْ كانَ المزمارُ لا يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ علىٰ هيئتِهِ ، وإذا صلحَ[2] لمنفعةٍ مباحةٍ لَم يَقعْ عليهِ اسمُ المزمارِ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ ؛ لأنَّها وَصيَّةٌ بمحرَّمٍ .

---

(١) في (م) : (قلت) .
(٢) في (م) : (فضل) .

مسألةٌ : [أوصىٰ بقوس من قسيّه] :

وإنْ وصَّىٰ لَه بقوسٍ مِنْ قِسِيِّهِ : فالقِسيُّ خمسةُ أَجناسٍ :

القسيُّ العربيَّةُ : التي يَرمي عنها بالنَّبْلِ .

والقسيُّ العجميَّةُ : التي يَرمي عنها النُّشّابُ .

وقسيُّ الحُسْبَانِ[١] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهيَ خشبةٌ فيها حُفيرةٌ طولاً ، أَو قصبةٌ يوضعُ فيها سهمٌ ، ثمَّ يُرمىٰ بالسهمِ عنها .

وقوسُ الجُلاهِقِ : وهيَ قسيٌّ يُرمىٰ عنها الطيرُ ببنادقِ الطينِ .

وقوسُ النَّدْفِ .

فإذا أَوصىٰ لَه بقوسٍ مِنْ قِسِيِّهِ وعندَهُ هٰذهِ الأَجناسُ الخمسةُ . . أَعطاهُ الوارثُ ما شاءَ مِنَ الأَجناسِ الثلاثةِ الأُولىٰ دونَ قوسِ الجُلاهقِ والندْفِ ؛ لأَنَّ ٱسمَ القوسِ إِليها أَسبَقُ ، ولا يُعطيهِ إِلاَّ قوساً قدْ نُحِتَتْ ؛ لأَنَّها لا تصلحُ للرمي إِلاَّ بعدَ النحتِ .

وهلْ يلزمُ الوارثَ أَنْ يعطيَهُ معَها الوترَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يلزمُهُ ؛ لأَنَّ ٱسمَ القوسِ يقعُ عليها مِنْ غيرِ وَترٍ ، وإِنَّما الوَتَرُ للتمكُّنِ مِنَ الانتفاعِ ، فلَم يجبْ دفعُهُ ، كسَرجِ الدابَّةِ .

والثاني : يلزمُهُ ؛ لأَنَّ القوسَ يرادُ للرمي ، ولا يمكنُ الرمي عنهُ[٢] إِلاَّ بالوَتَرِ .

وإِنْ قالَ : أَعطوهُ قوساً ليندفَ بها القُطنَ ، أَوِ الصوفَ . . لَم يُعطَ إِلاَّ قوسَ الندفِ . وإِنْ قالَ : ليرميَ بها الطيرَ . . لَم يُعطَ إِلاَّ قوسَ الجُلاهِقِ ؛ لأَنَّ القرينةَ تدلُّ عليهِ .

وإِنْ قالَ : أَعطوهُ قوساً مِنْ قِسِيٍّ ، وليسَ عندَهُ إِلاَّ قوسُ الندْفِ والجُلاهِقِ . . فٱختلفَ الشيخانِ فيهِ :

---

(١) **الحُسبان** : سهام قصار فارسية ، الواحدة حُسبانةٌ وفي المثل للاتفاق : (رموهم عن قوس واحدة) .

(٢) في (م) : (عليه) .

فقالَ الشيخُ أَبو إسحاقَ : يُعطىٰ قوسَ الجُلاهقِ ؛ لأَنَّ الاسمَ إِليهِ أَسبقُ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يُعطيهِ الوارثُ ما شاءَ منهُما ؛ لأَنَّه أَضافَهُ إِلىٰ ما عندَهُ ، وليسَ إِحداهُما بأَولىٰ مِنَ الأُخرىٰ .

مسأَلةٌ : [إبراء المكاتب في مرض مخوف] :

وإِذا أَبرأَ مُكاتَبَهُ مِنْ مالِ الكتابةِ ، أَو أَعتقَهُ في مرضٍ مَخُوفٍ : فإِنْ بَرِىءَ مِنْ مرضِهِ . . عتقَ المكاتبُ . وإِنْ ماتَ مِنْ مرضِهِ ذٰلكَ . . ٱعتُبرَ مِنَ الثُّلثِ .

فإِنْ كانَ مالُ الكتابةِ وقيمةُ العبدِ يخرجُ كلُّ وَاحدٍ منهما مِنَ الثُلثِ . . عتقَ . وإِنْ خرجَ أَحدُهما دونَ الآخرِ . . ٱعتُبرَ الأَقلُّ مِنْ قيمتِهِ أَو مِنْ مالِ الكتابةِ . فأَيُّهما خرجَ مِنَ الثُّلثِ . . عُتِقَ ، مثلُ أَنْ يكونَ قيمةُ العبدِ مئةً ومالُ الكتابةِ مئةً وخمسينَ والثُلثُ مئةً ، فتُعتَبرُ القيمةُ هاهُنا .

وإِنْ كانتْ قيمتُهُ مئةً وخمسينَ ، ومالُ الكتابةِ مئةً ، والثُلثُ مئةً . . ٱعتُبرَ مالُ الكتابةِ هاهُنا .

وإِنَّما ٱعتبرنا الأَقلَّ منهما ؛ لأَنَّ القيمةَ إِنْ كانتْ هيَ الأَقلَّ . . ٱعتُبرتْ ؛ لأَنَّها قيمةُ مَنْ أَعتقَهُ ؛ لأَنَّ مالَ الكتابةِ ماٱستقرَّ مِلكُهُ عليهِ ؛ لأَنَّ للمكاتَبِ أَنْ يُسقِطَهُ بتعجيزِ نَفْسِهِ .

وإِنْ كانَ مالُ الكتابةِ هوَ الأَقلَّ . . ٱعتُبرَ ؛ لأَنَّ الكتابةَ لازمةٌ مِنْ جهةِ السيِّدِ ولا يستحقُّ علىٰ العبدِ غيرُهُ .

وإِنْ لَم يخرجْ مِنَ الثُلثِ أَقلُّهما ، وإِنَّما ٱحتملَ الثُلثُ النصفَ مِنْ أَقلِّهما ، مثلُ أَنْ يكونَ الثُلثُ خمسينَ وقيمةُ العبدِ أَو مالُ الكتابةِ مئةً . . عتقَ نصفُهُ ، وكانَ نصفُهُ باقياً علىٰ الكتابةِ ، فإِنْ أَدَّىٰ نصفَ مالِ الكتابةِ . . عتقَ باقيهِ . وإِنْ عَجَزَ . . رُقَّ نصفُهُ للورثةِ .

فإِنْ قيلَ : أَليسَ لَو أَبرأَهُ السيِّدُ في صحَّتِهِ عَنْ نصفِ مالِ الكتابةِ ، أَو أَدَّىٰ نصفَ مال كتابتِهِ . . لَم يَعتَقْ شيءٌ منهُ ، فلِمَ أَعتقتُمْ نصفَهُ هاهُنا ، وقدْ بقيَ عليهِ شيءٌ مِنَ الكتابةِ ؟

قُلنا : الفرقُ بينَهُما أَنَّ هناكَ لَم تحصلِ الصفَةُ التي عُلِّقَ عليها العتقُ ـ وهوَ : أَداءُ المالِ ـ وهاهُنا قدْ حكمْنا ببراءَتِهِ مِنَ الذي خرجَ مِنَ الثُّلث . وإِنَّما رَدَدْنا العتْقَ في بعضِهِ لحقِّ الورثةِ .

وإِنْ لَم يخرجْ شيءٌ منهما مِنَ الثُّلثِ ، بأَنْ كانَ علىٰ السيِّدِ دينٌ يَستغرقُ مالَهُ . . لَم يَعتَقْ شيءٌ منهُ ، وأُخِذَ المكاتَبُ بأَداءِ ما عليهِ ، فإِنْ أَدَّاهُ . . عَتَقَ ، وتعلَّقَ حقُّ الغرماءِ بما أَدّاهُ . وإِنْ عَجَزَ . . رُقَّ وبِيعَ بحقِّ الغرماءِ .

وإِنْ لَم يكنْ لَه مالٌ غيرُ العبدِ ، ولا دَينَ عليهِ ، ولَم يُجزِ الورثةُ :

فإِنْ كانَ قدْ حلَّ عليهِ مالُ الكتابةِ . . عتقَ ثُلثُهُ في الحالِ ، فإِنْ أَدَّىٰ ما بقيَ عليهِ مِنْ مالِ الكتابةِ . . عتقَ ثُلثَاهُ ، وإِنْ عَجزَ . . رُقَّ ثُلثَاهُ للورثةِ .

وإِنْ لَم يحلَّ عليهِ مالُ الكتابةِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه لا يَتعجَّلُ عتقُ شيءٍ منهُ ؛ لأَنَّه لا يتنجَّزُ للموصىٰ لَه شيءٌ إِلاَّ ويَحصلُ لِلورثةِ مِثلاَهُ .

والثاني ـ وهوَ المنصوصُ عليهِ ـ : (أَنَّهُ يُعتَقُ ثُلثُهُ في الحالِ) لأَنَّ حقَّ الورثةِ في مِثلَي ثُلثِهِ مُتيقَّنٌ ، إِمَّا بالأَداءِ أَو بالعجزِ .

وإِنْ أَوصىٰ بعتقِهِ ، أَو بالإِبراءِ ممّا عليهِ . . فحكمُهُ حكمُ ما لَو أَعتقَهُ في مرضِ موتِهِ ، أَو أَبرأَهُ ممّا عليهِ إِلاّ أَنَّ في هٰذهِ يُوقَفُ العتقُ علىٰ إِعتاقِ الوصيِّ[1] أَو إِبرائِهِ ، وفي التي قَبْلَها لا يحتاجُ إِلىٰ عتقٍ ، ولا إِلىٰ إِبراءٍ مِنَ الوصيِّ .

مسأَلَةٌ : [الوصية بِحَطِّ أَكثر مال الكتابة] :

إِذا قالَ : ضَعوا عَنْ مكاتِبي أَكثَرَ ما عليهِ مِنْ مالِ الكتابةِ . . وُضِعَ عنهُ نصفُ ما عليهِ وزيادةٌ علىٰ النصفِ . وتقديرُ الزيادةِ إِلىٰ ٱختيارِهم ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَكثرُ ما عليهِ .

---

(١) في (م) : (الموصي) في الموضعين .

وإنْ قالَ : ضَعوا عنهُ أَكثرَ ما عليهِ ونصفَهُ .. وُضِعَ عنهُ ثلاثةُ أَرباعِ ما عليهِ وزيادةٌ ، وتقديرُ الزيادةِ إليهم .

وإنْ قالَ : ضَعوا عنهُ أكثرَ ما عليهِ ومثلَهُ .. فقدْ وَصَّىٰ لَه بأكثرَ ممّا عليهِ ؛ لأَنَّ قولَه : (أكثرَ ما عليهِ) يقتضي النصفَ وزيادةً .

وقولَه : (مثلَهُ) يَقتضي نصفاً آخرَ وزيادةً ، فيوضعُ عنهُ جميعُ مالِ الكتابةِ ، وتسقطُ الوصيَّةُ بالزيادةِ ؛ لأَنَّه لَم يبقَ لَها محلٌّ .

فرعٌ : [أوصىٰ بأن يوضع عنه شيء ما] :

روىٰ المزنيُّ : (لو قالَ : ضَعوا عنهُ ما شاءَ ، فشاءَها كُلَّها .. لَم يكنْ لَه إلاَّ أَنْ يُبقيَ شيئاً) .

وروىٰ الربيعُ : (إذا قالَ : ضَعوا عنهُ ما شاءَ مِنَ الكتابةِ .. لَم يَجُزْ أَنْ يُوضعَ عنهُ الكلُّ حتَّىٰ يُبقىٰ شيءٌ منهُ) .

واختلفَ أَصحابُنا فيها :

فقالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : **الصحيحُ** ما نقلَهُ الربيعُ ؛ لأَنَّ قولَهُ : (مِنْ مالِ الكتابةِ) يقتضي البعضَ ، فلا بدَّ أَنْ يَبقىٰ شيءٌ . والذي نقلَهُ المُزنيُّ غلطٌ ، بلْ يجوزُ أَنْ يوضعَ عنهُ جميعُ مالِ الكتابةِ إذا شاءَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ قولَه : (ما شاءَ) الكلُّ داخلٌ فيهِ .

وقالَ أَبو إِسحاقَ والقاضي أَبو الطيِّبِ : ما نقلَهُ الربيعُ صحيحٌ ، وما نقلَهُ المُزنيُّ أَيضاً صحيحٌ ، ولا بدَّ أَنْ يَبقىٰ شيءٌ فيهما ؛ لأَنَّ قولَهُ : (ما شاءَ) يقتضي البعضَ ؛ لأَنَّه لَو أَرادَ الجميعَ .. لقالَ : ضَعوا عنهُ مالَ الكتابةِ .

وإنْ قالَ : ضَعوا عنهُ بعضَ كتابتهِ ، أَو بعضَ ما عليهِ ، أَو ضَعوا عنهُ ما قَلَّ أَو ما كَثُرَ ، أَو ضَعوا عنهُ ما يَثْقُلُ أَو ما يَخِفُّ .. وَضعَ عنهُ الوارثُ ما شاءَ مِنْ قليلٍ أَو كثيرٍ ؛ لأَنَّ شيئاً مِنْ ذٰلكَ لا يقتضي شيئاً مقدَّراً .

وإنْ قالَ : ضَعوا عنهُ نَجماً مِنْ نجومِهِ .. وَضعَ عنهُ الوارثُ أَيَّ نجمٍ شاءَ وإنْ كانَ أَقلَّها مالاً . وإنْ قالَ : ضَعوا عنهُ أَيَّ نجمٍ شاءَ .. وَضعَ عنهُ أَيَّ نجمٍ شاءَ المكاتَبُ وإنْ

كانَ أَكثَرَها مالاً . وإِنْ قالَ : ضَعوا عنهُ أَوسطَ نجومِهِ . . فقدْ يكونُ الأَوسطُ مِنْ ثلاثِ جهاتٍ :

أَوسطُ مِنْ جهةِ **العددِ** : بأَنْ كانَ يكاتبَهُ علىٰ ثلاثةِ نجومٍ ، فالأَوسطُ هوَ الثاني .

وإِنْ كاتبَهُ علىٰ أَربعةِ نجومٍ . . فالأَوسطُ هوَ الثاني والثالثُ . وإِنْ كاتبَهُ علىٰ خمسةٍ . . فالأَوسطُ هوَ الثالثُ .

وأَوسطُ مِنْ جهةِ **الأَجَلِ** : بأَنْ يكاتبَهُ علىٰ ثلاثةِ نجومٍ ، نجمٌ إِلىٰ شهرٍ ، ونجمٌ إِلىٰ شهرينِ ، ونجمٌ إِلىٰ ثلاثةِ أَشهرٍ ، فالأَوسطُ مِنْ جهةِ الأَجَلِ هوَ النجمُ إِلىٰ شهرينِ .

وأَوسطُ مِنْ جهةِ **القَدْرِ** : بأَنْ يكاتبَهُ علىٰ ثلاثةِ نجومٍ ، نجمٌ بعشرةٍ ، ونجمٌ بعشرينَ ، ونجمٌ بثلاثينَ ، فالأَوسطُ مِنْ جهةِ القَدْرِ هوَ النجمُ بعشرينَ .

فإِنِ ٱجتمعتْ هٰذهِ الجهاتُ . . وَضعَ عنهُ الوارثُ ما شاءَ منها . وإِنْ لَم تجتمعْ إِلاّ جهتانِ . . وَضعَ عنهُ الوارثُ أَيَّهما شاءَ .

وإِنْ قالَ : ضَعوا عنهُ أَكثرَ نجومِهِ أَو أَكبرَ نجومِهِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ٱنصرفَ ذٰلكَ إِلىٰ الأَكثرِ مِنْ جهةِ القَدْرِ لا مِنْ جهةِ العددِ والأَجَلِ .

مسأَلَةٌ : [كاتبه ثم أوصىٰ بعتقه] :

وإِنْ كاتَبَ عبدَهُ كتابةً صحيحةً ، ثمَّ أَوصىٰ برقَبَتِهِ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّه لا يملكُ بيعَهُ ، فلا يملكُ الوصيَّةَ بهِ . فإِنْ عَجزَ ورُقَّ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ بهِ ؛ لأَنَّها وَقعتْ فاسِدةً .

وإِنْ أَوصىٰ لرجلٍ بمالِ الكتابةِ . . صحَّتِ الوصيَّةُ ، فإِنْ أَدَّىٰ المالَ . . كانَ للموصىٰ لَه بهِ ، وعتقَ ، وكانَ الوَلاءُ للورثةِ . وإِنْ عَجزَ . . بَطَلتِ الوصيَّةُ بمالِ الكتابةِ ، وٱسترقَّهُ الورثةُ .

فإِنْ حلَّ نجمُ الكتابةِ ، وعَجزَ عنهُ ، فأَرادَ الورثةُ تعجيزَهُ ليملكُوهُ ، وأَرادَ الموصىٰ لَه بالمالِ إِنظارَهُ بهِ . . كانَ للورثةِ تعجيزُهُ ؛ لأَنَّ حقَّ الورثةِ متعلِّقٌ بعينهِ ، وحقَّ الموصىٰ لَه متعلِّق بما في ذمَّتِهِ ، فكانَ حقُّ الورثةِ آكدُ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وهٰذا فيهِ نظرٌ ؛ لأنَّ الحقَّ للموصىٰ لَه ، بدليلِ : أنَّه إِذا أبرأَهُ.. عتقَ ولا حقَّ لصاحبِ الرقَبةِ .

فرعٌ : [أوصىٰ بمال الكتابة لرجل وبرقبته إن عجز لآخر] :

وإِنْ أَوصىٰ بمالِ الكتابةِ لرجلٍ ، وبرقَبةِ المكاتِبِ إِنْ عَجزَ لآخَرَ.. صحَّ .

فإِنْ أَدَّىٰ المالَ.. أَخذَهُ الموصىٰ لَه بالمالِ ، وعتقَ ، وبَطَلَتِ الوصيَّةُ بالرقَبةِ .

وإِنْ عَجزَ.. رُقَّ ، وكانَ للموصىٰ لَه بالرقَبةِ ، وبَطَلتِ الوصيَّةُ بالمالِ .

وإِنْ قالَ : أَوصيتُ لفلانٍ بما يُعجِّلهُ المكاتَبُ ، فإِنْ عَجَّلَ المكاتَبُ شيئاً قَبْلَ حلولِ النجمِ.. ٱستحقَّهُ الموصىٰ لَه . وإِنْ لَم يُعجِّلْ حتّىٰ حلَّ النجمُ فأدّاهُ.. لَم يستحقَّهُ الموصىٰ لَه ؛ لأنَّ الوصيَّةَ معلَّقةٌ بشرطٍ ، فلا يستحقُّهُ الموصىٰ لَه معَ فقدِ الشرطِ .

فرعٌ : [كاتبه كتابة فاسدة] :

وإِنْ كاتَبَ عبدَهُ كتابةً فاسدةً ، فأَوصىٰ لآخَرَ بما في ذمَّتهِ.. لَم تصحَّ الوصيَّةُ ؛ لأنَّه لا شيءَ لهُ في ذمَّتهِ .

وإِنْ قالَ : إِذا قبضتُ مِنَ المكاتَبِ مالاً فقدْ أَوصيتُ بهِ لفلانٍ.. فقدْ قالَ أَبو إِسحاقَ المروزيُّ : تصحُّ الوصيَّةُ ؛ لأنَّه وإِنْ كانَ لا يملكُ في الحالِ شيئاً في ذمَّتهِ لٰكنَّهُ إِذا قبضَهُ مَلَكَهُ ، فلمَّا أَضافَ الوصيَّةَ إِلىٰ حالِ تملُّكِ الموصىٰ بهِ.. صحَّ ، كما لَو أَوصىٰ برقبتِهِ إِذا عَجزَ .

قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : وفي هٰذا عندي نظرٌ ؛ لأنَّه لا يملكُهُ بالقبضِ ، وإِنَّما يَعتَقُ بحكمِ الصفةِ ، كما يَعتَقُ بقبضِ الخمرِ إِذا كاتَبَهُ عليهِ ، ثمَّ لا يملكُهُ .

وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ينبغي أَنْ يملكَهُ إِذا لَم يَزِدْ علىٰ قَدْرِ قيمةِ العبدِ ؛ لأنَّهما يتراجعانِ فيها .

وإِنْ وَصَّىٰ برقَبتهِ لرجلٍ ، فإِنْ لَم يَعلَمْ بفسادِ الكتابةِ.. فهلْ تصحُّ الوصيَّةُ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : تصحُّ . وهوَ ٱختيارُ المُزنيِّ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ لَم يزلْ عَنْ رَقبتِهِ ، فصحَّتِ الوصيَّةُ بها .

والثاني : لا تصحُّ ، قالَ المحامليُّ : **وهوَ الأَشبهُ** ؛ لأَنَّه إِذا لَم يعتقدْ أَنَّه مَلكَهُ كانَ مُتلاعباً بالوصيَّةِ .

وهٰكذا القولانِ فيمَنْ باعَ مالَ مورِّثهِ وهوَ يعتقدُ أَنَّه حيٌّ فبانَ أَنَّه كانَ ميِّتاً حالَ البيعِ .

وإِنْ كانَ يَعلمُ بفسادِ الكتابةِ حالَ الوصيَّةِ . . صحَّتِ الوصيَّة ، قولاً واحداً ، كما لو باعَهُ مِنْ رجلٍ بيعاً فاسداً ، ثمَّ باعَهُ مِنْ آخرَ وهوَ يَعلمُ فسادَ الأَوَّلِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيها قولانِ . وليسَ بشيءٍ .

مسأَلةٌ : [يحرم بالحج الواجب الوصية من الميقات] :

إِذا ماتَ وعليهِ حَجَّةٌ واجبةٌ ـ إِمَّا حَجَّةُ الإِسلامِ ، أَوِ القضاءِ ، أَوِ النَّذْرِ ـ فإِنْ لَم يوصِ بها أَو أَوصىٰ بها مِنْ رأْسِ مالهِ . . وَجبَ أَنْ يَستأْجِرَ عليها مِنْ رأْسِ المالِ مَنْ يُحرِمُ عنهُ مِنَ الميقاتِ ؛ لأَنَّه كانَ لا يجبُ عليهِ أَنْ يُحرِمَ بالحجِّ في حياتهِ إِلاَّ مِنَ الميقاتِ ، فكذٰلكَ بعدَ موتهِ .

ويجوزُ أَنْ يكونَ الأَجيرُ مِنَ الورثةِ ؛ لأَنَّه معاوضةٌ لا مُحاباةَ فيها .

وإِنْ أَوصىٰ بحَجَّةِ الإِسلامِ مِنْ ثُلثِهِ ، أَو أَوصىٰ بها مُطلقاً ، ولَم يَقلْ : مِنْ رأْسِ المالِ ، ولا مِنَ الثُّلثِ ، وقُلنا : إِنَّ الوصيَّةَ بها يجبُ إِخراجُها مِنَ الثُّلثِ . . ففيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ أَبو إِسحاقَ : يجبُ أَنْ يَستأْجِرَ علىٰ أَدائِها مَنْ يحرمُ بها مِنْ بلدِهِ ، وتكونُ جميعُ الأُجرةِ مِنَ الثُّلثِ ؛ لأَنَّ ميقاتَ الإِحرامِ في أَصلِ الوجوبِ مِنْ دُويرةِ أَهلِهِ ، بدليلِ قولهِ تعالىٰ : ﴿ وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [البقرة : ١٩٦] فقالَ عمرُ وعليٌّ رضيَ اللهُ عنهُما : (إِتمامُهُما : أَنْ تُحرِمَ بِهما مِنْ دُويرةِ أَهلِكَ)[١] ثمَّ رَخَّصَ النبيُّ ﷺ في قطعِ

---

(١) أخرج خبر علي المرتضىٰ البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٥/ ٣٠) في الحج ، وابن حزم في=

المسافةِ إِلىٰ الميقاتِ بغيرِ إِحرامٍ بقولهِ ﷺ : « يَسْتَمْتِعُ ٱلرَّجُلُ بِأَهْلِهِ مِنْ بُنيَانِهِ حَتَّىٰ يَأْتِيَ ٱلْمِيْقَاتَ »[1] .

فإِنْ أَوصىٰ الرجلُ بالحجِّ . . عادَ إِلىٰ الأَصلِ دونَ الرخصةِ .

و[الثاني] : **قالَ أَكثرُ أَصحابِنا** : لا يجبُ الإِحرامُ إِلاَّ مِنَ الميقاتِ ؛ لأَنَّ الموصيَ كانَ لا يجبُ عليهِ الإِحرامُ إِلاّ مِنَ الميقاتِ بالشرعِ ، فكذٰلكَ الأَجيرُ .

وإِنْ قالَ : حُجُّوا عنِّي حَجَّةَ الإِسلامِ وأَطلَقَ ، وقُلنا : إِنَّ الوصيَّةَ بهِ لا تُوجبُ كونَ جميعِ الأُجرةِ مِنَ الثُّلثِ ، فمِنْ أَينَ يجبُ الإِحرامُ هاهُنا ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ أَبو إِسحاقَ : يجبُ الإِحرامُ مِنْ دُويرةِ أَهلِهِ إِلاّ أَنَّ القَدْرَ الذي يحتاجُ إِليهِ مِنَ الأُجرةِ مِنْ بلدهِ إِلىٰ الميقاتِ يكونُ مِنَ الثُّلثِ ، وما بعدَ ذٰلكَ إِلىٰ آخرِ النُّسُكِ يكونُ مِنْ رأْسِ المالِ ؛ لأَنَّ قولَه : (حُجُّوا عنِّيَ) لا يُفيدُ إِلاَّ وُجوبَ الإِحرامِ عنهُ مِنْ بلدِهِ ، فكانتْ أُجرتُهُ مِنَ الثُّلثِ ، إِذْ لَو لَم يوصِ بهِ . . لكانَ يجبُ الإِحرامُ عنهُ مِنَ الميقاتِ .

و[الثاني] : **قالَ أَكثرُ أَصحابِنا** : لا يجبُ الإِحرامُ عنهُ بهِ إِلاّ مِنَ الميقاتِ ، وتكونُ جميعُ الأُجرةِ مِنْ رأْسِ المالِ ؛ لأَنَّ الحجَّ لا يجبُ بالشرعِ إِلاّ مِنَ الميقاتِ ، فكانتِ الوصيَّةُ بهِ تأْكيداً .

وإِنْ وَصَّىٰ أَنْ يُجعَلَ جميعُ الثُّلثِ في حَجَّةِ الإِسلامِ . . حُجَّ بهِ عنهُ مِنْ حيثُ أَمكنَ مِنْ بلدِهِ إِلىٰ الميقاتِ . فإِنْ عَجَزَ الثُّلثُ عَنْ حَجِّهِ مِنَ الميقاتِ . . تُمِّمَ مِنْ رأْسِ المالِ ؛ لأَنَّ الحجَّ مِنَ الميقاتِ مُستحَقٌّ مِنْ رأْسِ المالِ . فإِنْ كانَ الثُّلثُ قَدْرَ أُجرةِ المِثلِ مِنَ البلدِ ،

= « المحلىٰ » (٧/ ٧٥) ، وذكره ابن قدامة في « المغني » (٣/ ٢٦٥) . وأورد خبر عمر الفاروق القلعجي في « موسوعة فقه عمر » (ص/٣١١ ـ ٣١٣) ، وعند القرطبي في « التفسير » (٢/ ٣٦٦) قال : وثبت أن عمر أهل من إيلياء . وفي الباب :

رواه عن أبي هريرة مرفوعاً البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٥/ ٣٠) في الحج ، باب : من استحب الإحرام من دويرة أهله . قال الشافعي : وفيه نظر .

(١) أخرجه مرسلاً عن عطاء الشافعي في « ترتيب المسند » (٧٥١) ، ومن طريقه البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٥/ ٣٠) في الحج .

أَو ما دونَهُ إِلىٰ الميقاتِ . . جازَ أَنْ يَستأجِرَ بهِ الوارثَ والأَجنبيَّ ؛ لأَنَّ ذٰلك معاوضةٌ لا مُحاباةَ فيها . وإِنْ كانَ الثُّلثُ يزيدُ علىٰ أُجرةِ المِثلِ مِنَ البلدِ ، أَو ما دونَهُ إِلىٰ الميقاتِ . . لَم[1] يُستأْجَرْ بهِ الوارثُ ؛ لأَنَّ الزيادةَ مُحاباةٌ ووصيَّةٌ ، فلا تصحُّ للوارثِ . هٰذا نقلُ الشيخِ أَبي حامدٍ .

وقالَ القفّالُ : إذا قالَ أَحِجُّوا عنِّي رجلاً بأَلفٍ ، وأُجرةُ المِثلِ أَقلُّ ، ولَم يعيِّنِ الأَجيرَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يحجُّ عنهُ إلاّ بقَدْرِ أُجرةِ المِثلِ ، والزيادةُ للوارثِ .

والثاني : أَنَّ الزيادةَ[2] وصيَّةٌ لِشخصٍ موصوفٍ بصفةٍ ، وهوَ حجُّ ذٰلكَ الشخصِ . قالَ : وحدثتْ حادثةٌ بـ(مَرْوَ) اختلفتْ فيها فتوىٰ مشايِخنا وهيَ :

أَنَّ رجلاً أَوصىٰ أَنْ يُشتَرىٰ لَه عشرةُ أَقفزةٍ حنطةً بمئةِ درهمٍ فيُتَصدَّقَ بِها عنهُ ، فأُخذَ[3] مِنْ أَجودِ الحنطةِ عشرةُ أَقفزةٍ بثمانينَ درهماً ، فماذا يُصنَعُ بالعشرينَ الباقيةِ مِنَ المئةِ ؟ فمنهُم مَنْ أَفتىٰ بأَنَّها تُردُّ إِلىٰ الوارثِ ، ومنهُم مَنْ قالَ : إِنَّها وصيَّةٌ لبائعِ الحنطةِ ، ومنهُم مَنْ قالَ : يُشترىٰ بها حنطةٌ بهٰذا السعرِ ويُتَصدَّقُ بها عنهُ . وهٰذا الوجهُ لا يُتصوَّرُ في الحجِّ .

فرعٌ : [أوصىٰ بحجة ولم يعين الأجرة والأجير] :

إذا أَوصىٰ بحجَّةِ الإِسلامِ ولَم يُقَدِّرِ الأُجرةَ ، ولا عيَّنَ الأَجيرَ . . فإِنَّه يستأْجرُ بأَقلِّ ما يوجدُ ، سواءٌ كانَ الأَجيرُ أَجنبيّاً أَو وارثاً ؛ لأَنَّ ذٰلكَ معاوضةٌ لا مُحاباةَ فيها .

وإِنْ عَيَّنَ الأُجرةَ ولَم يعيِّنِ الأَجيرَ : فإِنْ كانَ ما عيَّنَهُ مِنَ الأُجرةِ قَدْرَ أُجرةِ المِثلِ . . جازَ أَنْ يُستأْجَرَ بها الوارثُ والأَجنبيُّ .

---

(١) في (م) : (جاز أن) .
(٢) في (م) : (الفضل) .
(٣) في (م) : (فوجد) .

وإنْ كانَ أكثرَ مِنْ أُجرةِ المِثلِ . . لَم يَجُزْ أَنْ يُستأجَرَ بها الوارثُ إلاَّ بإجازةِ الورثةِ معَهُ .

وهلْ يُستأْجَرُ بها الأَجنبيُّ ؟ إنْ كانتِ الزيادةُ علىٰ أُجرةِ المِثلِ لا تخرجُ مِنَ الثُّلثِ . . لَم تلزمِ الزيادةُ إلاّ بإجازةِ الورثةِ . وإنْ كانتْ تَخرجُ مِنَ الثُّلثِ . . لَزِمَ الاستئجارُ بها علىٰ طريقةِ أصحابِنا البغداديّينَ . وعلىٰ طريقةِ القفّالِ . . علىٰ وجهينِ .

وإنْ عيَّنَ الأَجيرَ ، ولَم يُقَدِّرْ لَه الأُجرةَ . . وَجبَ ٱستئجارُهُ ، وهلْ يجبُ ٱستئجارُهُ بأَقلِّ ما يؤخَذُ أو بأُجرةِ مثلِهِ مِنْ نُظرائِهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يلزمُ ٱستئجارُهُ إلاَّ بأَقلِّ ما يُؤخَذُ مِمَّنْ يَحجُّ ؛ لأنَّه لا فائِدةَ في أَنْ يُستأجَرَ بأكثرَ مِنْ ذٰلكَ .

والثاني : أنَّه يلزمُ أَنْ يُستأْجَرَ بأُجرةِ مِثلِهِ مِنْ نُظرائِهِ ؛ لأَنَّ الموصيَ لمّا عيَّنَهُ فكأَنَّهُ إنَّما قصدَهُ لِعلمِهِ بورَعِهِ وعلمِهِ ، فٱعتُبِرَتْ أُجرةُ مِثلِه بنَفْسِهِ . ولا فرقَ علىٰ الوجهينِ بينَ أَنْ يكونَ الأَجيرُ المعيَّنُ وارثاً أَو أَجنبيّاً .

فإنِ ٱمتنعَ هٰذا الأَجيرُ المعيَّنُ مِنَ الحجِّ ، أَو ماتَ قَبْلَ أَنْ يحجَّ . . لَم تَسقطِ الوصيَّةُ بالحجِّ ، وٱستُؤجِرَ غيرُهُ بأَقلِّ ما يؤخذُ ؛ لأَنَّ الحجَّ واجبٌ ، فلزمَهُ أَداؤُهُ .

وإنْ عيَّنَ الأَجيرَ ، وقَدْرَ الأُجرةِ ، بأَنْ قالَ : ٱستأجِروا فلاناً يحجُّ عنِّي بمئةٍ :

فإنْ كانتِ الأُجرةُ المقدَّرةُ قَدْرَ أُجرةِ مِثلِهِ . . وَجبَ ٱستئجارُهُ بها ، وارثاً كانَ أَو أَجنبيّاً .

وإنْ كانتْ أَكثرَ مِنْ أُجرةِ مِثلِهِ . . كانَ قَدْرُ أُجرةِ مِثلِهِ مِنْ رأْسِ المالِ .

وأَمَّا الزيادةُ : فمعتَبرةٌ مِنَ الثُّلثِ : فإنْ خرجتْ مِنَ الثُّلثِ وكانَ الأَجيرُ أَجنبيّاً . . فهيَ وَصيَّةٌ لَه تلزمُ إذا حجَّ . وإنْ لَم يحتملِها الثُّلثُ ، أَو كانَ الأَجيرُ المعيَّنُ وارثاً . . وُقفَ ذٰلكَ علىٰ إجازةِ الورثةِ[1] .

---

(١) في حاشية نسخة : (والفرق بين المسألة والمسألة التي قبلها : أنه إذا لم يسمِّ أجرة . . فقد وكَّلَ ذٰلك إلىٰ الوصي ، فكان الاحتياط أن يُحجَّ عنه بأقلّ ما يؤخذ ، وإذا سمَّىٰ أجرة فلم يردّ ذٰلك إلىٰ=

وإنْ قالَ الأَجيرُ المعيَّنُ : أَحِجُّوا غيريَ بأُجرةِ المِثلِ ، وأَعطوني ما زادَ عليها ؛ لأَنَّه وصيَّةٌ لي وهيَ تخرجُ مِنَ الثُّلثِ . . لَم يكنْ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّه إنَّما وَصّىٰ لَه بذٰلكَ بشرطٍ ـ وهوَ أَنْ يحجَّ عنهُ ـ فإذا لَم يحجَّ . . لَم يستحقَّ .

فرعٌ : [وجب الحج عليه فأوصى لمن يحج عنه بمئة دينار] :

إذا كانتْ عليهِ حَجَّةٌ واجبةٌ ، فقالَ : مَنْ حجَّ عنِّي بعدَ موتيَ أَوَّلاً . . فلَهُ مئةُ دينارٍ :

فحجَّ عنهُ أَوَّلاً أَجنبيٌّ : فإنْ كانتِ المئةُ أُجرةَ المِثلِ . . فلا كلامَ . وإنْ كانتْ أَكثرَ مِنْ أُجرةِ المِثلِ . . كانَ ما زادَ معتبراً مِنَ الثُّلثِ .

وإنْ حجَّ عنهُ أَوَّلاً وارثٌ . . قالَ الشافعيُّ : (فلَهُ مِنَ المئةِ أَقلُّ ما يُؤخذُ بهِ أَحدٌ يَحجُّ عنهُ) .

واختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ : فمنهُم مَنْ قالَ : أَرادَ بهِ أُجرةَ المِثلِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : أَرادَ أَقلَّ ما يؤخذُ بهِ مَنْ يحجُّ عنهُ ، ويكونُ ما زادَ موقوفاً علىٰ إجازةِ الورثةِ ، خرجَ مِنَ الثُّلثِ أَو لَم يَخرجْ[1] .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ بحج تطوُّع] :

إذا أَوصىٰ بحجٍّ تطوُّعٍ ، فإنْ قُلنا : لا تدخلُهُ النيابةُ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ بهِ .

وإنْ قُلنا : تدخلُهُ النيابةُ . . فإنَّ جميعَ الأُجرةِ معتبرةٌ مِنَ الثُّلثِ .

فإنْ قالَ : أَحِجُّوا عنِّي ، ولَم يُقدِّرِ الأُجرةَ ، ولا عيَّنَ الأَجيرَ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فعلىٰ قولِ أَبي إسحاقَ : يستأْجرُ مَنْ يحجُّ عنهُ مِنْ بلدهِ بأَقلِّ ما يؤخذُ ، فإنْ لَم يَحتملْهُ الثُّلثُ . . حجَّ عنهُ بالثُّلثِ مِنْ حيثُ أَمكنَ مِنْ بلدهِ إلىٰ الميقاتِ . وعلىٰ قولِ

= اجتهاد الوصي . . فتكون أجرة المثل محتسبة من رأس المال ، والباقي من الثلث) .

(١) في هامش نسخة : (الفرق بين الأجنبي والوارث : أن الأجنبي لا يحتاج إلىٰ إجازة الورثة فيما يخرج من الثُّلث ، بخلاف الوارث) بتصرف .

سائِرِ **أصحابِنا** : يستأجرُ مَنْ يحجُّ عنهُ بأقلِّ ما يؤخذُ مِنَ الميقاتِ . فإنْ عَجزَ الثُّلثُ عَنْ حَجِّهِ مِنَ الميقاتِ . . بَطَلتِ الوصيَّةُ فيهِ ، ورَجعَ مِلكاً للورثةِ ، كما لو قالَ : ٱشتروا عبيداً وأعتِقُوهم ، فٱشتُرِيَ عبدانِ ، وفَضَلَ مِنَ الثُّلثِ مالٌ يمكنُ أَنْ يُشترىٰ بهِ بعضُ الثالثِ . . فإنَّه يكونُ للورثةِ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤١٩] : وفيهِ قولٌ آخَرُ في الموضعينِ : أنَّه يتصدَّقُ بالبقيَّةِ ، **وهٰذا ليسَ بمشهورٍ** .

وإنْ قالَ : أَحِجُّوا عنِّي بمئةٍ مِنْ ثُلثي في حجِّ التطوُّعِ . . حُجَّ عنهُ بها مِنْ حيثُ أَمكنَ مِنْ بلدهِ إلىٰ الميقاتِ ، فإنْ لَم يُوجَدْ مَنْ يحجُّ بها عنهُ مِنَ الميقاتِ . . بَطَلتِ الوصيَّةُ ، وكانتْ للورثةِ .

وإنْ قالَ : أحجُّوا عنِّي بثُلثِي . . صُرِفَ الثُّلثُ فيما أَمكنَ مِنْ عَددِ الحججِ ، وهلْ يكونُ مِنَ البلدِ أَو مِنَ الميقاتِ ؟ علىٰ وجهينِ :

[أَحدُهما] : علىٰ قولِ أَبي إِسحاقَ : يكونُ مِنْ بلدهِ .

و**[الثاني]** : **علىٰ قولِ سائرِ أصحابِنا** : يكونُ مِنَ الميقاتِ .

فإنِ ٱتَّسعَ الثُّلثُ لحَجَّةٍ أَو حَجَّتينِ ، وبقيَ منهُ بقيَّةٌ لا يمكنُ أَنْ يستأجِرَ بهِ مَنْ يحجُّ مِنَ الميقاتِ . . بَطَلتِ الوصيَّةُ بها ورُدَّتْ إلىٰ الورثةِ ، ولا تُصرَفُ إلىٰ العمرةِ ؛ لأنَّ الموصىٰ بهِ الحجُّ دونَ العمرةِ .

وإنْ قالَ : أحجُّوا عنِّي فلاناً ، ولَم يُقَدِّرْ لَه أُجرةً . . فهلْ يجبُ ٱستئجارُهُ بأُجرةِ مِثلهِ ، أَو بأَقلِّ ما يؤخذُ ؟ علىٰ الوجهينِ في المسأَلةِ قَبْلَها .

وإنْ قالَ : أَحجُّوا عنِّي فلاناً بمئةٍ . . ٱعتُبرَ جميعُها مِنَ الثُّلثِ ؛ لأنَّها تطوُّعٌ ، فإنِ ٱمتنعَ الأَجيرُ المعيَّنُ عَنِ الحجِّ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الوصيَّةَ بالحجِّ تَبطلُ ، ولا يُستأجَرُ غيرُهُ ؛ لأنَّه قصدَ إرفاقَ هٰذا الأَجيرِ . وإذا ردَّ الوصيَّةَ . . بطَلتْ ، كما لَو وَصَّىٰ لَه بشيءٍ فردَّهُ .

والثاني : لا تَبطلُ بلْ يُستأجَرُ غيرُهُ بأَقلِّ ما يؤخذُ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّها وصيَّةٌ تتضمَّنُ قُربةً ، فإذا ردَّها الموصىٰ لَه . . لَم تَبطُلِ القُربَةُ ، كما لَو وَصَّىٰ أَنْ يُباعَ لَه ثوبٌ

مِنْ رجلٍ بمُحاباةٍ ، ويُتصدَّقَ بثمنِهِ ، فٱمتنعَ الموصىٰ لَه بالشراءِ عَنِ الشراءِ . . فإنَّ الثوبَ يباعُ مِنْ غيرِهِ ويتصدَّقُ بثمنِهِ .

فرعٌ : [وصَّىٰ بثلثه للحجيج] :

وإنْ أَوصىٰ بثُلثِهِ لِلحجيجِ . . قالَ الشافعيُّ : (أَحببتُ أَنْ يُدفعَ إِلىٰ فقراءِ الحجيجِ ؛ لأَنَّهم أَحوجُ إِليهِ ، فإِنْ دُفعَ إِلىٰ أَغنيائِهم . . جازَ) ؛ لأَنَّ ٱسمَ الحجيجِ يجمعُهُم .

مسأَلةٌ : [وصىٰ بمئة لحجٍّ تطوع] :

وإنْ أَوصىٰ بأَنْ يحجَّ عنهُ رجلٌ بمئةٍ حجَّةَ تطوُّعٍ ، وأَوصىٰ بما بقيَ مِنْ ثُلثِهِ بعدَ المئةِ لآخَرَ ، وأَوصىٰ بثُلثِ مالِهِ لثالثٍ ، فإنْ كانَ ثُلثُهُ مئةً فما دونَها . . فلا وصيَّةَ للموصىٰ لَه بالبقيَّةِ بعدَ المئةِ . فإنْ أَجازَ الورثةُ الوصيَّتينِ : أُعطيَ كلُّ وَاحدٍ مِنَ الموصىٰ لَهُما ثُلثَ مالِهِ[1] . وإنْ لَم يُجيزوا ما زادَ علىٰ الثُّلثِ . . قُسِّمَ الثُّلثُ بينَهُما نصفينِ .

وإنْ كانَ ثُلثُهُ أَكثرَ مِنْ مئةٍ ، بأَنْ كانَ مالُهُ أَربعَ مئةٍ وخمسينَ ، وأَجازَ الورثةُ الوصيَّتينِ . . دُفِعَ إِلىٰ الموصىٰ لَه بالمئةِ مئةٌ ، وإِلىٰ الموصىٰ لَه بالبقيَّةِ خمسونَ ، وإِلىٰ الموصىٰ لَه بالثُّلثِ مئةٌ وخمسونَ . وإنْ لَم يُجيزوا ما زادَ علىٰ الثُّلثِ . . رُدَّ الوصيَّتانِ إِلىٰ الثُّلثِ ـ وهوَ : مئةٌ وخمسونَ ـ فيُعادُ الموصىٰ لَه بالمئةِ الموصىٰ لَه بالثُّلثِ بالموصىٰ لَه بالبقيَّةِ معهُ ، فيقُسَمُ الثُّلثُ بينهُما نصفينِ ، فيأْخذُ الموصىٰ لَه بالثُّلث نصفَهُ ـ وهوَ : خمسةٌ وسبعونَ ـ وفي النصفِ الآخرِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه يأْخذُهُ الموصىٰ لَه بالمئةِ ؛ لأَنَّ الموصىٰ لَه بالبقيَّةِ إِنَّما حقُّهُ فيما زادَ علىٰ المئةِ ، ولَم يَزِدْ علىٰ المئةِ شيءٌ .

والثاني : أَنَّ الموصىٰ لَه بالمئةِ ، والموصىٰ لَه بالبقيَّةِ يقتسمانِ هٰذا النصفَ بينَهُما ،

---

(١) في حاشية نسخة : (هٰذا إذا كان الثُّلث مئة كاملة ، فأما إذا كان الثُّلث دونها . . فإنه تجب المفاضلة بين الموصىٰ لهما) .

كما كانا يقتسمانِ جميعَ الثُّلثِ عندَ الإجازةِ ، فيقتسمانِ هاهُنا الخمسةَ والسبعينَ علىٰ ثلاثةٍ ، للموصىٰ لَه بالمئةِ : سَهمانِ ، وللموصىٰ لَه بالبقيَّةِ : سَهمٌ . وإنْ كانَ الثُّلثُ مئتينِ . . فإنَّهما يقتسمانِ المئةَ عندَ الردِّ بينَهُما نصفينِ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ بالثُّلثِ زاحمتْهُما معاً في حقَّيهِما فأَدخلَتِ الضررَ عليهِما ، كأَصحابِ الفُروضِ في المواريثِ ، **والأَوَّلُ هوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّ الموصىٰ لَه بالبقيَّةِ إنَّما وَقعتْ وَصيَّتُهُ بشرطٍ ، ولَم يوجدِ الشرطُ بخلافِ أَصحابِ الفروضِ ، فإنَّ أَولئكَ تَساوَتْ حقوقُهم .

فَأما إذا أَوصىٰ لرجلٍ بثُلثِ مالهِ ، وأَوصىٰ أَنْ يحجَّ عنهُ رجلٌ بمئةٍ مِنْ ثُلثِهِ حَجَّةَ التطوُّعِ ، وأَوصىٰ لثالثٍ بما بقيَ مِنْ ثُلثِهِ بعدَ المئةِ . . فقدِ ٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فذهبَ أَكثرُهم إلىٰ : أَنَّ الحكمَ فيها كالحُكمِ في التي قَبْلَها ؛ لأَنَّها وَصيَّةٌ بثُلثَي مالهِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : لا تصحُّ الوصيَّةُ للموصىٰ لَه بالبقيَّةِ بعدَ المئةِ ؛ لأَنَّه لمَّا أَوصىٰ للأَوَّلِ بثُلثِ مالهِ . . علمَ أَنَّه لا يبقىٰ بعدَ المئةِ شيءٌ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ أَجازَ الورثةُ الوصيَّتينِ . . دُفِعَ إلىٰ الموصىٰ لَه بالثُّلثِ الثُّلثُ ، وإلىٰ الموصىٰ لَه بالمئةِ مئةٌ . وإنْ لَم يُجيزوا ما زادَ علىٰ الثُّلثِ . . قُسِّمَ الثُّلثُ بينَهُما علىٰ قَدْرِ حقَّيْهما[1] عندَ الإجازةِ ، فإنْ كانَ الثُّلثُ مئةً . . ٱقتسماها نصفينِ . وإنْ كانَ الثُّلثُ مئتينِ . . ٱقتسماها علىٰ ثلاثةٍ : للموصىٰ لَه بالثُّلثِ سهمانِ ، وللموصىٰ لَه بالمئةِ سهمٌ . وإنْ كانَ الثُّلثُ أَلفاً . . ٱقتسماهُ علىٰ أَحدَ عشرَ سهماً : للموصىٰ لَه بالثُّلثِ عَشرةُ أَسهم ، وللموصىٰ لَه بالمئةِ سهمٌ ، **والأَوَّلُ أَصحُّ** ؛ لأَنَّه لمَّا أَوصىٰ بالمئةِ بعدَ الثُّلثِ . . عُلِمَ أَنَّه أَرادَ منهُ الثُّلثَ الثاني ، فكانتْ كالأُولىٰ .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ بعبد ولآخر بما بقي من الثلث] :

وإنْ أَوصىٰ لرجلٍ بعبدٍ ، ولآخَرَ بما بقيَ مِنْ ثُلثِهِ . . ففيهِ أَربعُ مسائلَ :

إحداهُنَّ : أَنْ يموتَ الموصي والعبدُ باقٍ بحالةٍ سليمةٍ : فإنَّ العبدَ يقوَّمُ معَ باقي التركةِ ، ويُنظرُ : كَمْ قَدْرُ ثُلثِها ؟ فيُدفعُ العبدُ إلىٰ الموصىٰ لَه بهِ ، فإنْ بقيَ مِنَ الثُّلثِ

---

(١) في (م) : (حصتهما) .

شيءٌ. . دُفِعَ إِلىٰ الموصىٰ له بالبقيَّةِ تمامُ الثُّلثِ . وإِنِ ٱستغرقتْ قيمةُ العبدِ الثُّلثَ. . فلا شيءَ للموصىٰ لَه بالبقيَّةِ ؛ لأنَّه لَم يبقَ لَه شيءٌ .

الثانية : أَنْ يصيبَ العبدَ عيبٌ بعدَ موتِ الموصي : فإِنَّ العبدَ يُقوَّمُ يومَ ماتَ سيِّدُهُ سليماً ، وتُحسبُ قيمتُهُ سليماً في التركةِ ، ويُنظَرُ : ما بقيَ مِنْ ثُلثِ التركةِ بعدَ قيمتِهِ سليماً ، فيدفعُ ذٰلكَ إِلىٰ الموصىٰ لَه بالبقيَّةِ ، ويُدفَعُ العبدُ مَعِيْباً إِلىٰ الموصىٰ لَه بهِ ؛ لأَنَّه كانَ سليماً وقتَ ٱستحقاقِ الوصيَّةِ . وإِنَّما نقصَ بعدَ ذٰلكَ بغيرِ تفريطٍ مِنْ أَحدٍ .

الثالثةُ : إِذا ماتَ العبدُ بعدَ موتِ سيِّدهِ ، وقَبْلَ قَبوْلِ الوصيَّةِ فيهِ. . فقدْ بَطَلتِ الوصيَّةُ بِهِ لفواتِهِ ، إِلاَّ أَنَّه محسوبٌ في التركةِ ، فيُنظَرُ : كَمْ قَدْرُ ثُلثِ التركةِ ؟ وتَسقَطُ قيمتُهُ مِنَ الثُّلثِ . فإِنْ بقيَ شيءٌ بعدَ قيمتِهِ. . دُفِعَ ذٰلكَ إِلىٰ الموصىٰ لَه بالبقيَّةِ .

الرابعةُ : إِذا ماتَ العبدُ قبلَ موتِ سيِّدهِ. . فإِنَّ العبدَ غيرُ محسوبٍ في التركةِ ؛ لأَنَّه لَم يُخلِّفْهُ السيِّدُ ، فتقوَّمُ التركةُ ، ويُنظَرُ : كمْ قَدْرُ الثُّلثِ ؟ ويقوَّمُ العبدُ يومَ ماتَ ، ويَسقطُ ذٰلكَ مِنَ الثُّلثِ ، ويُدفَعُ إِلىٰ الموصىٰ لَه بالبقيَّةِ ما بقيَ بعدَ ذٰلكَ ، ولا تَبطلُ الوصيَّةُ لصاحبِ البقيَّةِ بموتِ العبدِ ؛ لأَنَّهما وَصيَّتانِ فلا تَبطلُ إِحداهُما ببطلانِ الأُخرىٰ ، كما لَو وَصَّىٰ لرجلينِ فرَدَّ أَحدُهما وقَبِلَ الآخَرُ .

مسأَلَةٌ : [أوصىٰ بمنفعة عبد] :

إِذا أَوصىٰ لَه بمنفعةِ عبدٍ ، فماتَ الموصي ، وقَبِلَ الموصىٰ لَه ، وخرجَ العبدُ مِنَ الثُّلثِ. . مَلكَ الموصىٰ لَه منافعَهُ وأَكسابَهُ ، ولَه أَنْ ينتفعَ بهِ بنَفْسِهِ ، ويؤَاجِرَهُ ، ويُعيرَهُ ، ويوصيَ بهِ ، وهلْ لَه أَنْ يُسافِرَ بهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤١٨] : **المشهورُ** : أَنَّ لَه ذٰلكَ كعبدِهِ الذي يملكُهُ .

وإِنِ ٱلتقطَ هٰذا العبدُ لُقطةً ، أَو وُهِبَ لَه مالٌ. . قالَ في « الإِفصاحِ » : ٱحتملَ وَجهينِ بناءً علىٰ القولينِ أَنَّ ذٰلكَ يَدخلُ في المهايأَةِ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّه يَدخلُ في المهايأَةِ في العبدِ بينَ الشريكينِ. . كانَ ذٰلكَ للموصىٰ لَه .

وإِنْ قُلنا : لا يَدخلُ في المهايأَةِ. . كانَ ذٰلكَ ملكاً لمالِكِ الرقبةِ .

وإنْ ماتَ الموصىٰ لَه والعبدُ باقٍ . . فهلْ يرثُ وَرثَتُهُ المنفعةَ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « الإفصاحِ » ، و« الإبانةِ » :

أَحدُهما : لا تورثُ عنهُ ، بلْ تكونُ لمالِكِ الرقَبةِ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّ الميراثَ لا يجري في المنافعِ .

والثاني ـ وهوَ الأَصحُ ـ : أَنَّها تورثُ عنهُ كسائرِ أَموالهِ ، ولا يُسلَّمُ : أَنَّ الميراثَ لا يجري في المنافعِ ؛ لأَنَّه لَو ٱستأْجرَ عيناً وماتَ قبلَ ٱستيفاءِ المنفعةِ . . ورثَها وَرثَتُهُ ، وعلىٰ مَنْ تجبُ نفقةُ هٰذا العبدِ ؟ حكىٰ الشيخُ أَبو حامدٍ فيهِ وَجهينِ :

أَحدُهما : تجبُ علىٰ مالكِ الرقَبةِ ؛ لأَنَّ النفقةَ لِلرقبةِ ، فكانتْ علىٰ مالكِها .

والثاني : أَنَّها في كَسبهِ ؛ لأَنَّه لا يمكنُ إِيجابُها علىٰ مالكِ المنفعةِ ؛ لأَنَّه لا يملِكُ الرقبةَ ، ولا يمكنُ إِيجابُها علىٰ مالكِ الرقبةِ ؛ لأَنَّه لا يملكُ المنفعةَ ، فكانتْ في كسبِهِ ، فإِنْ لَم يكنْ في كسبِهِ وَفاءٌ أَو لا كسبَ لَه . . كانتْ في بيتِ المالِ .

وحكىٰ الشيخُ أَبو إِسحاقَ فيها وجهاً ثالثاً : أَنَّها تجبُ علىٰ الموصىٰ لَه بالمنفعةِ ؛ لأَنَّ الكسبَ لَه .

وإِنْ قَتَلَ هٰذا العبدَ حرٌّ أَو قَتَلهُ عبدٌ خطأً . . وَجبتْ قيمتُهُ ، وماذا يُصنعُ بها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تكونُ مِلكاً لمالكِ الرقبةِ ؛ لأَنَّها بدَلُها ، فكانتْ لمالِكِها .

والثاني ـ وهوَ الصحيحُ ـ : أَنَّه يُشترىٰ بها عبدٌ تكونُ منفعتُهُ للموصىٰ لَه ، ورقبتُهُ لورثةِ الموصي ؛ لأَنَّ لكلِّ واحدٍ منهما حقّاً فيما قامَ مَقامَ الأَصلِ ، فلَم يَجُزْ إِبطالُهُ .

وإِنْ قتلَهُ عبدٌ عمداً . . فمَنْ يستوفي القِصاصَ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤١٨] :

أَحدُهما : يَستوفيهِ مالكُ الرقبةِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ ـ : (أَنَّ الاستيفاءَ للموصىٰ لَه)[١] .

---

(١) في (م) : (لهما) .

فإنْ قطعَ رجلٌ طرَفَهُ . . وَجبَ عليهِ الأَرْشُ ، ولمَنْ يكونُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه لمالِكِ الرقبةِ ؛ لأَنَّه بدَلُها .

والثاني : أَنَّ ما قابَلَ مِنَ الأَرْشِ ما نَقَصَ مِنْ قيمةِ الرقبةِ يكونُ لمالِكِ الرقبةِ ، وما قابلَ منهُ ما نَقَصَ مِنَ المنفعةِ يكونُ للموصىٰ لَه .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : إنْ كانَ المتلَفُ ممَّا يَنقصُ منفعةَ العبدِ كاليدِ والرجلِ . . أُخِذَ أَرشُهُ وٱشتُرِيَ بهِ عبدٌ أَو جُزءٌ مِنْ عبدٍ تكونُ منفعتُهُ للموصىٰ لَه ، ورقبتُهُ لوارثِ الموصي . وإنْ كانَ المتلَفُ ممَّا لا يَنقُصُ المنفعةَ كالذَّكرِ[1] ونحوِهِ . . كانَ أَرشُهُ لمالِكِ الرقبةِ وحدَهُ .

وإنْ جنىٰ هٰذا العبدُ علىٰ غيرِهِ ، فإنِ ٱتّفقا علىٰ فديَتِهِ . . فدَياهُ ، وكانَ باقياً ما كانَ عليهِ . وإنْ فداهُ أَحدُهما دونَ الآخرِ . . كانَ متطوِّعاً . وإنِ ٱمتنعا مِنَ الفديةِ . . بيعَ عليهِما .

فرعٌ : [وصَّىٰ بمنفعة جارية] :

وإنْ كانَ الموصىٰ بمنفعتِهِ جاريةً ، فأَتَتْ بولدٍ مِنْ زواجٍ أَو زِناً . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الولدَ للموصىٰ لَه بالمنفعةِ ، كما قُلنا في كسبِها .

والثاني : أَنَّه يكونُ كأُمِّهِ ، منفعتُهُ للموصىٰ لَه ، ورَقبتُهُ للوارثِ ؛ لأَنَّه كجُزءٍ منها .

ويجوزُ تزويجُها ، وفيمَنْ يملِكُ عقدَ النكاحِ عليها ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنَّ ذٰلكَ إلىٰ الموصىٰ لَه بالمنفعةِ ؛ لأَنَّ مهرَها لَه .

والثاني : أَنَّه لمالِكِ الرقبةِ ؛ لأَنَّ مِلكَ الرقبةِ لَه .

والثالثُ : لا يصحُّ إلاَّ بٱجتماعِهِما ؛ لأَنَّ لكلِّ واحدٍ منهُما فيها حقّاً ، فلَم ينفردْ أَحدُهما بالعقدِ عليها ، كالجارية بينَ الشريكينِ .

وإنْ أَرادَ أَحدُهما وَطأَها . . لَم يكنْ لَه ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما لا يملِكُها مِلكاً تامَّاً ،

---

(١) أي آلة الوطء .

والوَطءُ لا يجوزُ إلاَّ في مِلكٍ تامٍّ ، كالجاريةِ بينَ الشريكينِ . هٰذهِ طريقةُ أصحابِنا البغداديِّينَ[(١)] .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤٠٧] : يجوزُ وَطؤُها لمالكِ الرقبةِ . **والأوَّلُ أصحُّ** ، وعليهِ التفريعُ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنْ وَطِئَها الموصىٰ لَه بالمنفعةِ . . فلا حدَّ عليهِ ؛ لأنَّ لَه فيها شبهةً ، ولا مهرَ عليهِ ؛ لأنَّ المهرَ لَه .

وإنْ أتَتْ منهُ بولدٍ . . فالولدُ حرٌّ للشُّبهةِ :

فإنْ قُلنا : إنَّ الولدَ الذي تأتي بهِ مِنَ الزِّنا أوِ النكاحِ يكونُ مملوكاً للموصىٰ لَه . . لَم يجبْ عليهِ هاهُنا قيمتُهُ .

وإنْ قُلنا : إنَّ الولدَ الذي تأتي بهِ مِنَ الزِّنا أوِ النكاحِ يكونُ كأُمِّهِ . . أُخِذَتْ منهُ قيمتُهُ ، وماذا يُصنَعُ بها ؟ فيهِ وجهانِ ، كما لَو قُتلتِ الأُمُّ :

أحدُهما : يكونُ المِلكُ لمالكِ الرقبةِ .

والثاني : يُشترىٰ بها عبدٌ تقومُ مقامَهُ منفعتُهُ للموصىٰ لَه ، ورقبتُهُ لورثةِ الموصي .

وإنْ وَطئَها وارثُ الموصي . . فلا حدَّ عليهِ للشُّبهةِ ، ويجبُ عليهِ المهرُ للموصىٰ لَه . وإنْ أتَتْ منهُ بولدٍ . . كانَ حرّاً ؛ لأنَّ لَه فيها شبهةَ مِلكٍ .

وأمَّا قيمةُ الولدِ ، فإنْ قُلنا : لَو كانَ مملوكاً كانَ للموصىٰ لَه . . لزمَ وارثَ الموصي دفعُ قيمتِهِ إلىٰ الموصىٰ لَه ، وإنْ قُلنا : يكونُ موقوفاً كأُمِّهِ . . فقدْ أتلفَ الوارثُ رِقَّهُ .

فإنْ قُلنا : لَو قُتِلَ تكونُ قيمتُهُ لمالكِ الرَّقبةِ . . لَم يجبْ عليهِ قيمتُهُ ؛ لأنَّها لَو وَجبتْ عليهِ . . لكانتْ لَه .

وإنْ قُلنا : يُشترىٰ بها[(٢)] ما يقومُ مقامَهُ . . أُخِذَتْ منهُ القيمةُ ، وٱشتُريَ بها وَلدٌ تكونُ منفعتُهُ للموصىٰ لَه ، ورقبتُهُ لِورثةِ الموصي .

---

(١) في حاشية نسخة : (لو أوصىٰ بخدمة أمته لرجل . . فللوارث وطء الجارية الموصىٰ بخدمتها كالجارية المؤجرة) .

(٢) في (م) : (مكانها) .

فرعٌ : [بيع مالك الرقبة مع أنه قد بذل المنفعة لغيره] :

إِذا أَرادَ مالِكُ الرقبةِ بيعَ الرقبةِ . . فهلْ يصحُّ بيعُهُ لها ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : يصحُّ ؛ لأَنَّه بيعٌ صادفَ مِلكاً لَه ، فهوَ كما لَو لَم يكنْ موصىً بمنفعَتِها .

والثاني : لا يصحُّ بيعُهُ ؛ لأَنَّه بيعُ ما لا منفعةَ فيهِ ، فهوَ كبيعِ الجُعلانِ والخَنافسِ .

والثالثُ : إِنْ باعَها مِنَ الموصىٰ لَه بالمنفعةِ . . صحَّ بيعُهُ ؛ لأَنَّه يحصلُ لَه الرقبةُ والمنفعةُ ، فتكونُ بَيْعَ ما فيهِ منفعةٌ . وإِنْ باعَها مِنْ غيرِهِ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّه لا يُنتفَعُ بالرقبةِ مِنْ غيرِ منفعةٍ .

فإِنْ أَعتَقَها مالكُ الرقبةِ . . صحَّ عِتقُهُ ؛ لأَنَّ العتقَ صادفَ مِلكَهُ ، وللموصىٰ لَه أَنْ يستوفيَ منفعتَهُ ؛ لأَنَّه مَلكَها قَبْلَ العتقِ ، فهوَ كما لَوِ ٱستأْجرَ رجلٌ عبداً ثمَّ أَعتقَهُ مالِكُهُ .

ولا يرجعُ المعتِقُ علىٰ الذي أَعتقَهُ بشيءٍ ، بخلافِ العبدِ إِذا أَجَّرهُ سيِّدُهُ ثمَّ أَعتقَهُ قَبلَ ٱنقضاءِ الإِجارةِ . . فإِنَّه يرجعُ عليهِ بأُجرتِهِ بعدَ العتقِ في أَضعفِ القولينِ .

والفرقُ بينهُما : أَنَّ السيِّدَ هناكَ ملكَ عِوَضَ منفعتِهِ ، وهاهُنا : الوارثُ لم يملِكْ عِوَضَ منفعتِهِ ، فلذٰلكَ لَم يرجعْ عليهِ بشيءٍ .

فرعٌ : [طلب مضاربة المال بعد الموت والربح نصفين] :

إِذا دفعَ رَجلٌ إِلىٰ رجلٍ مالاً ، وقالَ : إِذا متُّ . . فتَصرَّفْ فيهِ بالبيعِ والشراءِ ، وما حصلَ فيهِ مِنَ الربحِ فلكَ نصفُهُ ، فماتَ . . فلا يجوزُ لَه أَنْ يتصرَّفَ فيهِ .

وٱختلفَ أَصحابُنا في علَّتهِ :

فقالَ ٱبنُ الحدَّادِ : لأَنَّ المالَ قدِ ٱنتقلَ إِلىٰ مِلكِ وارثِ الموصي .

ومنهُم مَنْ قالَ : هٰذهِ العلَّةُ غيرُ صحيحةٍ ؛ لأَنَّه لَو أَوصىٰ لرجلٍ بمنفعةِ دارِهِ أَو عبدِهِ . . صحَّ وإِنْ كانَ قدِ ٱنتقلَ إِلىٰ مِلكِ وَارثِهِ ، وإِنَّما العلَّةُ : أَنَّه لَم يوصِ لَه بعينٍ ولا

منفعةِ عينٍ معَ بقائِها ، فلَم يصحَّ ، كما لَو أَوصىٰ أَنْ يُقرَضَ[1] فلانٌ كذا وكذا مِنْ مالِهِ .

وقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : إِنَّما لَم يصحَّ لأَنَّه عقدُ مضاربةٍ علىٰ شرطٍ مستقبَلٍ ، فلَم يصحَّ ، كما لَو قالَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذا المالِ إِذا قَدِمَ الحاجُّ .

فرعٌ : [أوصىٰ بعطاء لجماعة] :

إِذا قالَ : أَعطوا زيداً عشرةً مِنْ ثُلثي ، وعبدَ اللهِ عشرةً مِنْ ثُلثي ، وخالداً خَمسةً مِنْ ثُلثي ، وقدِّموا خالداً علىٰ عبدِ اللهِ ، وكانَ ثُلثُهُ عشرينَ . . أُعطيَ زيدٌ ثمانيةً ، وخالدٌ خمسةً ، وعبدُ اللهِ سبعةً ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ تزيدُ علىٰ الثُّلثِ بالخُمسِ . فلَو لَم يَقُلْ : قدِّموا خالداً علىٰ عبدِ اللهِ . . لوَجبَ أَنْ يَنقُصَ كلَّ واحدٍ منهُم خُمسُ ما وَصَّىٰ لَه بهِ ، فلمَّا قالَ : قدِّموا خالداً علىٰ عبدِ اللهِ . . ٱقتضىٰ ذٰلكَ توفيرَ حصَّةِ عبدِ اللهِ علىٰ خالدٍ ، ويُجعلُ نُقصانُ حقِّهِ مِنْ حقِّ عبدِ اللهِ .

ولَو قالَ : قدِّموا خالداً علىٰ زيدٍ . . لأُعطيَ زيدٌ سبعةً ، وعبدُ اللهِ ثمانيةً ، وخالدٌ خمسةً .

مسائل مِنَ الدَّوْرِ[2] في الهبةِ : لَو أَنَّ مريضاً وَهبَ لرجلٍ عبداً يساوي مئةً ، فقبضَهُ الموهوبُ لَه بإِذنهِ ، ثمَّ إِنَّ الموهوبَ لَه مرِضَ ، فوَهبَ ذٰلكَ العبدَ مِنَ الذي وَهبَهُ منهُ وأَقبضَهُ إِيَّاهُ ، ولا مالَ لهُما غيرُهُ ، وماتا[3] مِنْ مرضِهما ذٰلكَ ، ولَم يُجزْ وَرثتُهما ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ الاعتبارَ بالتركةِ حالَ الوصيَّةِ . . فلا دَوْرَ في هٰذهِ المسأَلةِ وأَشباهِها ، بلْ تصحُّ هبةُ الأَوَّلِ في ثُلثِ العبدِ ، ثمَّ يرجعُ إِليهِ مِنْ ذٰلكَ الثُّلثِ ثُلثُهُ ـ وهوَ : التُّسعُ ـ .

وإِنْ قُلنا بالمذهبِ ، وأَنَّ الاعتبارَ بالتركةِ حالَ موتَ الموصي . . وَقعَ الدَّورُ ؛ لأَنَّ الموهوبَ لمَّا وَهبَ للواهبِ . . ٱزدادتْ تركتُهُ ، فتصحُّ هبتُهُ في أَكثرَ مِنْ ثُلثِ العبدِ ، ثمَّ

---

(١) في حاشية نسخة : (لا فرق بين القرض والبيع في غيره محاباة) .
(٢) الدور ـ عند المناطقة ـ : (توقف كل من الشيئين على الآخر) .
(٣) أي كل من الواهب والموهوب له .

تصحُّ هبةُ الثاني في ثُلثِ ما صحَّ لَه مِنَ العبدِ ، فٱحتيجَ إِلىٰ قطعِ الدَّورِ فنقولُ : صحَّتْ هبةُ الأَوَّلِ في شيءٍ مِنَ العبدِ ، فلمَّا وَهبَهُ الموهوبُ مِنَ الواهبِ . . رجعَ إِلىٰ الواهبِ ثُلثُ ذٰلكَ الشيءِ ، فماتَ الواهبُ الأَوَّلُ وفي يدِ وَرثتِهِ عبدٌ يساوي مئةً إِلاَّ ثُلثي شيءٍ تعدلُ شيئينِ ، فٱجْبُرِ المئةَ بثُلثي الشيءِ الذي نَقَصْتَ بهِ المئةَ ، ورُدَّ ذٰلكَ علىٰ الشيئينِ المعادلينِ لَها ، فتصيرُ مئةً تعدلُ شيئينِ وثُلثي شيءٍ ، فأَقسطِ الشيئينِ أَثلاثاً ، وضمَّ إِليهِ ثُلثي الشيءِ فيصيرُ ثمانيةَ أَجزاءٍ ، فالشيءُ الكاملُ ثلاثةُ أَجزاءٍ مِنْ ثمانيةٍ ـ وهوَ الذي صحَّتْ بهِ هبةُ الأَوَّلِ ـ ثمَّ يرجعُ إِلىٰ الأَوَّلِ مِنْ هبةِ الثاني جُزءٌ مِنَ الثلاثةِ ، فيصيرُ معَ ورثتِهِ ستَّةُ أَثمانِ العبدِ ـ وهوَ مِثلا ما صحَّتِ الهبةُ منهُ فيهِ ـ ويبقىٰ معَ ورثةِ الثاني جُزءانِ مِنْ ثمانيةٍ ـ وهوَ مِثلا ما صحَّتِ الهبةُ منهُ فيهِ ـ .

فلَو أَنَّ الواهبَ الأَوَّلَ أَعتقَ هٰذا العبدَ بعدَ أَنِ ٱتَّهبَهُ مِنَ الثاني . . فإِنَّ أَبا العبَّاسِ ابنَ سريجٍ قالَ : يدخلُ[١] عتقُهُ في تمامِ الثُّلثِ ـ وهوَ سهمانِ مِنْ أَربعةٍ وعشرينَ ـ فيكونُ لورثةِ الموهوبِ لَه الأَوَّلِ[٢] أَربعةُ أَسهمٍ ، ويعتقُ منهُ سهمانِ ، ويبقىٰ لورثةِ الواهبِ الأَوَّلِ ستَّةَ عشرَ سهماً مِثلا ما خرجَ منهُ بالهبةِ والعتقِ .

وقالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : هٰذا خطأٌ ، بلْ لا يعتقُ منهُ شيءٌ ؛ لأَنَّه بدأَ بالهبةِ قَبْلَ العتقِ ولَم يحتملِ الثُّلثُ للهبةِ أَكثرَ مِنْ ثلاثةِ أَثمانِهِ ، فكيفَ يصحُّ العتقُ بعدَهُ[٣] ؟ ولأَنَّ هبةَ الأَوَّلِ قدْ صحَّتْ في تسعةِ أَسهمٍ مِنْ أَربعةٍ وعشرينَ ، ثمَّ يصحُّ عتقُهُ في سهمينِ ، فيؤدِّي إِلىٰ أَنْ تصحَّ وَصيَّتُهُ في أَحدَ عشرَ مِنْ أَربعةٍ وعشرينَ ، ويبقىٰ معَ وَرثتِهِ ثلاثةَ عشرَ[٤] ، وذٰلكَ أَقلُّ مِنْ مِثلَي ما خرجَ منهُ بالوصيَّةِ . . وذٰلكَ لا يجوزُ .

---

(١) في (م) : (ينفذ) .
(٢) يعني الثاني .
(٣) في حاشية نسخة : (وتفسد من وجه آخر : وهو أنه أجاز هبته في تسعة أسهم ، وعتقه في سهمين ، فصار جميع وصيته أحد عشر سهماً ، ثم جعل للورثة ستة عشر سهماً ، وذٰلك أقل من مثلي ما أخرجه بالوصية ، فصارت الوصية أكثر من الثلث . من « مختصر ابن اللبان ») .
(٤) في هامش نسخة : (صوابه : ستة عشر ؛ لأنه قد رجع إلىٰ ورثته من التسعة ثلثها بالهبة الثانية) .

فإنْ لَم يُعتقهُ الأوَّلُ ولٰكنْ خلَّفَ الواهبُ الثاني ستِّينَ درهماً . . فإنَّكَ تقولُ : تصحُّ هبةُ الأوَّلِ في شيءٍ مِنَ العبدِ ، وتصحُّ هبةُ الثاني في ثُلثِ ذٰلكَ الشيءِ وفي قَدْرِ ثُلثِ الدَّراهمِ التي تَركَها ، فيكونُ معَ ورثةِ الأوَّلِ مئةٌ وعشرونَ درهماً إلاَّ ثُلثَي شيءٍ يَعدِلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدَلتْ شيئينِ وثُلثَي شيءٍ ، الشيءُ الواحدُ ثلاثةُ أثمانِ مئةٍ وعشرينَ ـ وهوَ خمسةٌ وأربعونَ ـ وهوَ الذي صحَّتْ فيهِ هبةُ الأوَّلِ ـ وهوَ رُبعُ العبدِ وخُمْسُهُ ـ فإذا أنضمَّ ذٰلكَ إلىٰ تركةِ الواهبِ الثاني . . كانتْ تركتُهُ مئةً وخمسةً ، فتصحُّ هبتُهُ في قَدْرِ ثُلثِ ذٰلكَ ـ وهوَ خَمسةٌ وثلاثونَ ـ وهوَ ثلثُ شيءٍ وعشرونَ درهماً ، فإذا ضممتَ ذٰلكَ إلىٰ خمسةٍ وخمسينَ مِنْ قيمةِ العبدِ بعدَ الهبةِ الأُولىٰ . . صارَ ذٰلكَ تسعينَ ـ وهوَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ هبةُ الأوَّلِ ـ ويبقىٰ لورثةِ الواهبِ الثاني عُشرُ العبدِ ، وقيمتُهُ عشرة وستُّونَ درهماً[1] ـ وهوَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ هبتُهُ ـ .

فرعٌ : [وهب أخاه في مرض موته فمات قبله] :

وإنْ وَهبَ رجلٌ مريضٌ لأخيهِ مئةَ درهمٍ ، وأَقبضَهُ إيَّاها ، فماتَ الأَخُ الموهوبُ لَه أَوَّلاً ، وخلَّفَ بنتاً وأَخاهُ الواهبُ لَه ، ثمَّ ماتَ الواهبُ مِنْ مرضِهِ ذٰلكَ ، ولا مالَ لهُما غيرُ هٰذهِ المئةِ . . فإنَّكَ تقولُ : صحَّتِ الهبةُ في شيءٍ مِنَ المئةِ ، فلمَّا ماتَ الموهوبُ لَه . . ورثَ الواهبُ نصفَ ذٰلكَ الشيءِ ، فبقيَ في يدِ وَرثتِهِ مئةٌ إلاَّ نصفَ شيءٍ تعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عدلَتِ المئةُ شيئينِ ونصفَ شيءٍ ، فالشيءُ خُمسا المئةِ ـ وهوَ أَربعونَ درهماً ـ وهوَ الذي صحَّتْ فيهِ الهبةُ ، فلمَّا ماتَ الموهوبُ لَه . . ورثَ الواهبُ منهُ عشرينَ ، فيصيرُ معَ وَرثتِهِ ثمانونَ ، وهوَ مِثلا هبتِهِ .

فإنْ تركَ الموهوبُ له مئةً غيرَ المئةِ الموهوبةِ . . فإنَّكَ تقولُ : صحَّتِ الهبةُ في شيءٍ مِنَ المئةِ الموهوبةِ ، ثمَّ يرثُ الواهبُ نصفَ ذٰلكَ الشيءِ ونصفَ المئةِ التي تركَها الموهوبُ لَه ، فيبقىٰ في يدِ ورثةِ الواهبِ مئةٌ وخمسونَ إلاَّ نصفَ شيءٍ يعدلُ شيئينِ ،

---

(١) في حاشية نسخة : (هٰذاكلام مستقيم ؛ لأن الورثة بقي لهم جزء من العبد) .

فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ[1] شيئينِ ونصفَ شيءٍ ، والشيءُ الكاملُ[2] خُمسا ذٰلكَ ـ وهوَ ستُّونَ درهماً ـ فتصحُّ الهبةُ في ستِّينَ درهماً مِنَ المئةِ ، ويبقىٰ منها أَربعونَ ، فيصيرُ معَ الموهوبِ لَه مئةٌ وستُّونَ ، فيرثُ الواهبُ نصفَ ذٰلكَ ـ وهوَ ثمانونَ ـ معَ الأَربعينَ التي بقيتْ مِنَ المئةِ فيصيرُ معَ ورثتهِ مئةٌ وعشرونَ ، وهوَ مِثلا هبتِهِ .

وهٰكذا : الحكمُ فيمَنْ وَهبَ زوجتَهُ في مرضِ موتهِ مئةً ، وماتتِ الزوجَةُ قَبْلَهُ ولَم تخلِّفْ وَلداً ، ووَرِثها الزوجُ .

فإِنْ ماتتِ الزوجةُ ولا مالَ لَهُما غيرُ المئةِ التي وَهبَها الزوجُ ، وعليها دينٌ عشرةٌ . . فحسابُهُ أَنْ نقولَ : تصحُّ الهبةُ للزوجةِ في شيءٍ مِنَ المئةِ ، يخرجُ مِنْ ذٰلكَ الشيءِ عشرةٌ دَينُها ، ثمَّ يرثُ الزوجُ نصفَ ما بقيَ بعدَ الدَّين ، وهوَ نصفُ شيءٍ إلاَّ خمسةً ، فيحصلُ لورثةِ الزوجِ خمسةٌ وتسعونَ درهماً إِلاَّ نصفَ شيءٍ يعدِلُ شيئينِ ، فإِذا جُبرتْ . . عَدلَتْ شيئينِ ونصفاً ، فالشيءُ خُمسا خمسةٍ وتسعينَ ـ وهوَ ثمانية وثلاثون[3] ـ وهوَ الذي صحَّتْ فيهِ الهبةُ ، فيخرجُ منهُ دَينُ المرأَةِ ـ عشرةٌ ـ فيبقىٰ ثمانيةٌ وعشرونَ ، فيرثُ الزوجُ نصفَ ذٰلكَ ـ وهوَ أَربعةَ عشرَ ـ وهوَ نصفُ شيءٍ إِلاَّ خمسةَ دراهمَ ، فإِذا أُضيفتِ الأَربعةَ عشرَ إِلىٰ آثنينِ وستِّينَ ـ الذي بقيَ مِنَ المئةِ ـ صارَ ذٰلكَ ستَّةً وسبعينَ ، وهوَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ .

وإِنْ كانَ الزوجانِ مريضينِ ، ولكلٍّ واحدٍ منهما مئةٌ لا مالَ لَه غيرُها ، فوَهبَ كلُّ واحدٍ منهما مئتَهُ لِصاحبهِ وأَقبضَهُ ، ثمَّ ماتا مِنْ مرضِهما ذٰلكَ ، ولا وَلدَ لواحدٍ[4] منهُما :

فإِنْ ماتتِ الزوجةُ أَوَّلاً . . بَطَلَتْ هبتُها للزوجِ ؛ لأَنَّه وَارثُها فتصحُّ الهبةُ مِنَ الزوجِ لَها في شيءٍ ، ويرثُ الزوجُ نصفَهُ ونصفَ المئةِ التي خلَّفتها ، فيصحُّ معَ ورثةِ الزوجِ مئةٌ وخمسونَ إِلاَّ نصفَ شيءٍ يعدلُ شيئينِ ، فإِذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ شيئينِ ونصفَ شيءٍ ،

---

(١) أي المئة والخمسون .

(٢) في (م) : (ونصفا الشيء الكامل خمسا) .

(٣) يصور ذٰلكَ الشيء : ٢ / ٥ × ٩٥ / ١ = ١٩٠ / ٥ = ٣٨

(٤) في (م) : (لأحدهما) .

والشيءُ خُمسا ذٰلكَ[١] ـ وهوَ ستُّونَ درهماً ـ فيُضمُّ ذٰلكَ إلىٰ مئةِ الزوجةِ ، فيرثُ الزوجُ نصفَ ذٰلكَ ـ وهوَ ثمانونَ ـ معَ الأربعينَ التي بقيتْ مِنْ مئةِ الزوجِ[٢] ، فذٰلكَ مئةٌ وعشرونَ ، وهوَ مِثلا هبتهِ لَها .

وإنْ ماتَ الزوجُ أوَّلاً . . بَطَلتْ هبتُهُ لَها ؛ لأنَّها وارثتُهُ ، ويصحُّ للزوجِ مِنْ هبتِها شيءٌ ، ثمَّ ترثُ الزوجةُ رُبعَهُ ورُبعَ المئةِ التي خلَّفها الزوجُ ، فيجتمعُ لوَرثتِها مئةٌ وخمسةٌ وعشرونَ دِرهماً إلاَّ ثلاثةَ أرباعِ شيءٍ يعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدَلتْ شيئينِ وثلاثةَ أرباعِ شيءٍ ، فإذا قَسَّطْتَ[٣] الشيئينِ أرباعاً معَ ثلاثةِ أرباعِ شيءٍ . . كانَ ذٰلكَ أحدَ عشرَ جُزءاً ، الشيءُ الكاملُ : أربعةُ أجزاءٍ مِنْ أحدَ عشرَ جزءاً مِنْ مئةٍ وخمسةٍ وعشرينَ ، وذٰلكَ خمسةُ أجزاءٍ مِنْ أحدَ عشرَ جُزءاً مِنْ مئةِ الزوجةِ فتُضمُّ هٰذهِ الأجزاءُ إلىٰ مئةِ الزوجِ ـ وهيَ أحدَ عشرَ جُزءاً ـ فيكونُ لَه ستَّةَ عشرَ جُزءاً ، ترثُ الزوجةُ منهُ أربعةَ أجزاءٍ ، فتضمُّهُ إلىٰ ستَّةِ أجزاءٍ بقيتْ مِنْ مئةِ الزوجةِ . . فذٰلكَ عشرةُ أجزاءٍ ، وهوَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ هبتُها .

فإنْ غرِقا ولَم يُعلَمْ أيُّهما ماتَ أوَّلاً . . لَم يَرثْ أحدُهما صاحبَهُ ، وصحَّتِ الوصيَّةُ لكلٍّ واحدٍ منهُما مِنْ صاحبهِ ، فنقولُ :

يكونُ[٤] للمرأةِ بهبةِ الزوجِ شيءٌ تضمُّهُ إلىٰ المئةِ التي لَها ، فيجوزُ للزوجِ مِنْ ذٰلكَ وصيَّةٌ فيبقىٰ لورثتِها مئةُ درهمٍ وشيءٌ إلاَّ وصيَّةً تَعدِلُ وَصيَّتينِ ، فإذا جُبرَتْ . . صارتْ المئةُ والشيءُ يعدلانِ ثلاثَ وَصايا ، الوصيَّةُ الواحدةُ ثلاثةٌ وثلاثونَ درهماً وثلثُ درهمٍ وثلثُ شيءٍ ، فإذا ضَممْتَ ذٰلكَ إلىٰ تركةِ الزوجِ . . صارتْ تركتُهُ مئةً وثلاثةً وثلاثينَ درهماً وثلثَ درهمٍ إلاَّ ثُلثي شيءٍ يعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ شيئينِ وثُلثي شيءٍ ، الشيءُ الكاملُ ثلاثةُ أثمانِ مئةٍ وثلاثةٍ وثلاثينَ وثلثُ درهمٍ وهوَ خمسونَ

---

(١) ويكون المبلغ مئة وخمسين .

(٢) ويكون من مئة وستينِ ، لأن ملك الزوجة مئة ، والستون من هبة زوجها لها .

(٣) في (م) : (بسطت) .

(٤) في (م) : (نجوّز) .

درهماً . وهوَ الجائزُ بهبةِ الزوجِ فيخرجُ منهُ للزوجِ وصيَّةٌ وقدْ كانتْ قيمةُ الوصيَّةِ ثلثَ شيءٍ وثلاثةً وثلاثينَ درهماً وثلثَ درهمٍ ، فإذا ضممتَ ذٰلكَ . . كانَ خمسينَ درهماً ، فيصحُّ معَ وَرثةِ الزوجِ مئةٌ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ هبتُهُ ، وتصحُّ معَ وَرثةِ الزوجةِ مئةٌ مِثلا ما صحَّتْ هبتُها فيهِ . وإنَّما يفيدُ ذٰلكَ في قَدْرِ ٱنتقالِ المِلكِ لكلٍّ وَاحدٍ منهُما مِنْ مئةِ صاحبهِ .

مسألَةٌ : [وهب جارية فأتَتْ بزيادة من مهر أو كسب أو ولد] :

إذا وَهبَ في مرضِ موتهِ لغيرهِ جاريةً قيمتُها مئةٌ ، لا مالَ لَه غيرُها ، وأَقبضَهُ إيَّاها ، فوطئَها رجلٌ بشبهةٍ قَبْلَ موتِ سيِّدها ، ومَهرُ مثلِها خمسونَ درهماً ، أَو كسبتْ هٰذهِ الجاريةُ بعدَ الهبةِ والقبضِ وقَبلَ موتِ سيِّدها خمسينَ درهماً :

فإنْ قُلنا : تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ علىٰ ثُلثِ تركتهِ ، وإجازةُ الورثةِ تنفيذٌ لمَا فعلَهُ مورِّثُهم . . فإنَّ جميعَ المهرِ والكسبِ للموهوبِ لَه ؛ لأَنَّه حَدثَ في مِلكهِ ، وإنَّما يرجعُ إلىٰ الورثةِ ثُلثاها إذا لَم يُجيزوا . ولا دَورَ في هٰذا .

وإنْ قُلنا : لا تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ علىٰ ثُلثِ تركتِهِ ، وإجازةُ الورثةِ لفعلهِ ٱبتداءُ عطيَّةٍ منهُم . . فقدْ زادتْ تركةُ الميتِ هاهُنا قَبْلَ موتهِ :

فإنْ قُلنا : الاعتبارُ بالتركةِ حالَ الوصيَّةِ . . فلا دَورَ هاهُنا أَيضاً ، فتصحُّ الهبةُ في ثُلثِ الجاريةِ ، وتبطلُ في ثُلثيها ، فيكونُ لورثةِ الواهبِ ثُلثا الجارية ، وثُلثا المهرِ والكسبِ ، وللموهوبِ لَه ثُلثُها ، وثُلثُ مهرِها ، وثُلثُ كسبِها .

وإنْ قُلنا **بالمذهبِ** : إنَّ الاعتبارَ بالتركةِ عندَ موتِ الموصي وعليهِ التفريعُ . . كانَ هاهُنا دورٌ ، فنقولُ : تصحُّ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، فللموهوبِ لَه مِنَ المهرِ والكسبِ نصفُ شيءٍ ، وللواهبِ خمسونَ إلاَّ نصفَ شيءٍ ، فيكونُ معَ ورثتِهِ مئةٌ وخمسونَ درهماً إلاَّ شيئاً ونصفَ شيءٍ يعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرتْ . . عَدلتْ ثلاثةَ أَشياءَ ونصفَ شيءٍ ، الشيءُ الكاملُ سُبعا مئةٍ وخمسينَ درهماً ، وهوَ ثلاثةُ أَسباعِ الجاريةِ ، فتصحُّ الهبةُ في ثلاثةِ أَسباعِها ، وتبطلُ في أَربعةِ أَسباعِها ، فيكونُ للواهبِ أَربعةُ أَسباعِ مهرِها وهوَ مهرُ ما بَطلتْ فيهِ الهبةُ ـ وذٰلكَ قدرُ سُبعي رقبتِها ـ فيجتمعُ لِورثةِ الواهبِ

أَربعةُ أَسباعِ رَقبتِها ومثلُ سُبعي رَقبتِها مِنَ المهرِ وذٰلكَ[1] مِثلا ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ ويكونُ للموهوبِ لَه علىٰ الواطىءِ ثلاثةُ أَسباعِ مهرِها بقَدْرِ ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ يأْخذُهُ بغيرِ وصيَّةٍ .

فإِنْ حَبلَتْ مِنْ هٰذا الوطءِ ووَلَدَتْ قَبْلَ موتِ سيِّدها وَلداً قيمتُهُ خمسونَ درهماً يومَ وُلدَ . . ٱزدادتْ تركةُ الموصىٰ بهِ أَيضاً كالمهرِ ، وحسابهُ : أَنَّ الهبةَ تصحُّ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، ويلزمُ الواطىءَ المهرُ خمسونَ ، للموهوبِ لَه منهُ نصفُ شيءٍ بغيرِ وصيَّةٍ ، ويلزمُ الواطىءَ قيمةُ الولدِ خمسونَ ، للموهوبِ لَه منها نصفُ شيءٍ أَيضاً بغيرِ وصيَّةٍ ، والباقي مِنَ المهرِ والقيمةِ للواهبِ . . فيجتمعُ لوَرثةِ الواهبِ مئتا درهمٍ إِلاَّ شيئينِ ، تعدلُ شيئينِ مِثلَي الوصيَّةِ ، فإِذا جُبِرَتْ . . عَدَلتِ المئتانِ أَربعةَ أَشياءٍ ، الشيءُ الواحدُ رُبعُ ذٰلكَ ـ وهوَ خمسونَ ـ وهوَ نصفُ الجاريةِ ، وتصحُّ الهبةُ في نصفِ الجاريةِ وقيمتُهُ خمسونَ ، وتبطلُ في نصفِها وقيمتُهُ خمسونَ ، فيلزمُ الواهبَ نصفُ المهرِ خمسةٌ وعشرونَ ، ونصفُ قيمةِ الولدِ خمسةٌ وعشرونَ ، فذٰلكَ كلُّهُ مئةٌ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ هبتُهُ ، وللموهوبِ لَهُ نصفُ المهرِ وقيمةُ نصفِ الولدِ بغيرِ وصيَّةٍ .

فإِنْ وَلدتِ الجاريةُ مِنْ هٰذا الوطءِ بعدَ موتِ سيِّدها . . فهلْ يكونُ الولدُ زائداً في التركةِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ اللَّبّانِ :

أَحدُهما : لا يكونُ زائِداً في التركةِ ؛ لأَنَّ الولدَ حدثَ بعدَ موتهِ[2] فيكونُ حادثاً في مِلكِ الورثةِ والموهوبِ لَهُ فيكونُ الحسابُ كما لَو لم يكنْ هناكَ وارثٌ .

والثاني : أَنَّه يكونُ زائِداً في التركةِ ؛ لأَنَّ الولدَ قد كانَ موجوداً في مِلكِ السيِّدِ[3] ، وإِنَّما تأَخَّرَ التقويمُ إِلىٰ الوضعِ ، فيكونُ الحسابُ كما لَو وَلدتْ قبلَ موتِ سيِّدِها .

---

(١) في (م) : (بقدر وذلك) .
(٢) أي : الموصي .
(٣) في نسخة : (الميت) .

فرعٌ : [وهب جارية عند موته لا مال له غيرها ثم وطئها] :

وإنْ وَهبَ رجلٌ في مرضهِ المخُوفِ لغيرِهِ جاريةً قيمتُها مئةٌ ، لا مالَ لَه غيرُها ، وأَقبضَهُ إيَّاها ، ثمَّ وَطئَها الواهبُ ، ثمَّ ماتَ مِنْ مرضهِ ، ومَهرُ مِثلِها خمسونَ ، ولَم يُجزْ وَرثتُهُ الهبةَ :

فإنْ قُلنا : تصحُّ هبتُهُ فيما زادَ علىٰ الثُّلثِ ، وإجازةُ الورثةِ تنفيذٌ لما فعلَهُ . . لَزمَ الواهبَ جميعُ مَهرِها للموهوبِ لَهُ ، فإنْ طالبَ بالمهرِ . . بِيعَ لَه نصفُها بالمهرِ ، وكانَ لَه ثُلثُ ما بقيَ ، وهوَ سُدسُها بالهبةِ . وإنِ ٱختارَ الموهوبُ لَه أَنْ يملِكَ نصفَها بالمهرِ . . كانَ أَحقَّ بهِ مِنَ الأَجنبيِّ ، فيكونُ لَه بمهرِهِ وَهبَتِهِ ثُلثاها .

وإنْ قُلنا : لا تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ علىٰ ثُلثِ تركتهِ ، وإجازةُ الورثةِ لذٰلكَ ٱبتداءُ هبةٍ منهُم . . وَجبَ علىٰ الواهبِ مهرُ ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ مِنْ رأْسِ المالِ ، فإنْ أَبرأَهُ الموهوبُ لَه ممَّا وَجبَ لَه مِنَ المهرِ . . صحَّتْ لَه الهبةُ في ثُلثِ الجاريةِ ، وبَطَلتْ في ثُلثيها . وإنْ طالبَ بما وَجبَ لَه مِنَ المهرِ . . فحسابُهُ أَنْ يقول :

تصحُّ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، وعلىٰ الواهبِ مهرُ ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ ، وهوَ نصفُ شيءٍ بغيرِ وصيَّةٍ ، فيبقىٰ في يدِ وَرثةِ الواهبِ جاريةٌ قيمتُها مئةٌ إلا شيئاً ونصفَ شيءٍ تعدلُ مِثلَي الوصيَّةِ ـ وهوَ شيئانِ ـ فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ ثلاثةَ أَشياءَ ونصفَ شيءٍ ، والشيءُ الكاملُ سهمانِ مِنْ سبعةٍ ، فتصحُّ الهبةُ في سُبعي الجاريةِ ، وتَبطُلُ في خَمسةِ أَسباعِها ، فيلزمُ الواهبَ سُبعا المهرِ ، وهوَ قَدْرُ سُبْعِ رَقبتِها يباعُ في المهرِ ، ويبقىٰ في يدِ ورثةِ الواهبِ أَربعةُ أَسباعِ الجاريةِ ، وهوَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ . **هٰذا هوَ المذهبُ** .

وحكىٰ ٱبنُ سُريجٍ في المهرِ وَجهينِ آخَرَينِ :

أَحدُهما : أَنَّ ما لزمَ الواهبَ مِنَ المهرِ يكونُ مِنَ الثُّلثِ .

فعلىٰ هٰذا : تصحُّ الهبةُ في تسعي الجاريةِ ، ويلزمُهُ تسعا مَهرِها ، وهوَ مِثلُ تسع رَقبتِها ، ويبقىٰ في يدِ وَرثتِهِ ستَّةُ أَتساعها[1] .

---

(١) في (م) بدل (الأتساع) : (أسباع) في الجميع .

والثاني : أَنَّ المهرَ هَدرٌ . وقدْ مضىٰ ذكرُهما .

وإِنْ وَلَدَتْ مِنْ وَطءِ السيِّدِ وَلداً قيمتُهُ خمسونَ درهماً :

فإِنْ قُلنا : تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ علىٰ ثلثِ تركتِهِ ، وإِجازةُ الورثةِ تنفيذٌ لمَا فعلَهُ الميتُ . . لزمَ الواهبَ جميعُ المهرِ وجميعُ قيمةِ الولدِ ، وبيعتِ الجاريةُ بهما للموهوبِ لَهُ .

وإِنْ قُلنا : لا تصحُّ هبتُهُ فيما زادَ علىٰ ثلثِ تركتِهِ ، وإِجازةُ الورثةِ ٱبتداءُ عطيَّةٍ منهُم . . بَطلَتِ الهبةُ ، وعتقَتْ بالإِحبالِ مِنْ رأسِ المالِ ؛ لأَنَّه لا ثُلثَ لَه فتصحَّ الوصيَّةُ .

فإِنْ تركَ الواهبُ مِئَتي درهمٍ : صحَّتِ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، وعليهِ نصفُ شيءٍ مِنْ مهرِها ، وعليهِ نصفُ شيءٍ مِنْ قيمةِ وَلدِها ، ولا يقوَّمُ عليهِ[1] ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ مِنَ الجاريةِ ؛ لأَنَّه كالمُعسِرِ في هٰذهِ الحالِ ؛ لأَنَّ الهبةَ قدِ ٱستغرقتِ الثُّلثَ ، فصارَ كمَنْ أَعتقَ بعدَ أَنْ وَهبَ ثُلثَ مالِهِ ، فلا يصحُّ عتقُهُ ، ولا يعتَقُ باقي الأَمَةِ بالإِحبالِ مِنْ رأسِ المالِ ، ويبقىٰ في يدِ الورثةِ مِئتَا درهمٍ إِلاَّ شيئاً تعدلُ شيئينِ ، فإِذا جُبرَتْ . . عَدَلَتْ ثلاثةَ أَشياءَ ، فإِذا قُسِّمتِ المئتانِ علىٰ الأَشياءِ الثلاثةِ . . أَصابَ كلَّ شيءٍ ثُلثَا مئةٍ ـ وهوَ ثُلثا الجاريةِ ـ وهوَ ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ ، ويلزمُ الواهبَ ثُلثا مَهرِها وثُلثا قيمةِ وَلدِها مِنَ المئَتينِ ـ وهوَ ثُلثا مئةٍ ـ فيبقىٰ مِئةٌ وثلاثةٌ وثلاثونَ وثلثُ درهمٍ ، وهوَ مِثلا[2] ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ .

فإِنْ لَم يطأْها الواهبُ ولٰكنْ وَطئَها الموهوبُ لَهُ بعدَ أَنْ قبضَها وقَبْلَ موتِ الواهبِ[3] . . وَجبَ عليهِ مهرُ ما بَطلَتْ فيهِ الهبةُ ، وٱزدادتِ التركةُ والهبةُ ، وحسابهُ : تصحُّ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، ويجبُ علىٰ الموهوبِ لَه مِنَ المهرِ خمسونَ درهماً إِلاَّ نصفَ شيءٍ ، فيحصلُ للورثةِ مئةٌ وخمسونَ إِلاَّ شيئاً ونصفَ شيءٍ تعدلُ شيئينِ ، فإِذا

---

(١) في حاشية نسخة : (أي لا يسري الإحبال ، فيقوم عليه) .

(٢) لأن ما صحت فيه الهبة ست وستون وثلثا درهم .

(٣) في هامش نسخة : (وقلنا : إجازة الورثة ابتداء عطية لو أجازوا مثلا) .

جُبِرَتْ . . عَدلَتْ ثلاثةَ أَشياءَ ونصفَ شيءٍ ـ والشيءُ سُبعا ذٰلكَ ـ وهوَ ثلاثةُ أَسباعِ الجاريةِ ، فتصحُّ الهبةُ في ثلاثةِ أَسباعها ، وتَبطلُ في أَربعةِ أَسباعِها ، ويلزمُ الموهوبَ لَه أَربعةُ أَسباعِ مَهرِها ـ وهوَ مثلُ سُبعي رَقبتِها ـ فإِذا ضَممتَ ذٰلكَ إِلىٰ ما بَطلَتْ فيهِ الهبةُ . . كانَ ستَّةَ أَسباعِها ، وهوَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ .

وإِنْ حَبلَتْ مِنْ هٰذا الوطءِ ، ووَلدَتْ منهُ قَبْلَ موتِ سيِّدِها وَلداً قيمتُهُ خمسونَ درهماً . . ففيه قولانِ :

أَحدُهما : تَصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه ، ولا يلزمُ الموهوبَ لَهُ مِنْ قيمةِ الولدِ شيءٌ ؛ لأَنَّها تضعُهُ في مِلكِهِ .

فعلىٰ هٰذا : يلزمُهُ قيمةُ ما بَطلَتْ فيهِ الهبةُ ـ وهوَ أَربعةُ أَسباعِها ـ ويلزمُهُ أَربعةُ أَسباعِ مَهرِها .

والثاني : يلزمُهُ مِنْ قيمةِ الولدِ قدرُ ما بَطَلَتْ فيهِ الهبةُ[1] ؛ لأَنَّها عَلقتْ بهِ وهوَ لا يملكُ جميعَها .

فعلىٰ هٰذا : تزدادُ التركةُ . . فتصحُّ الهبةُ في شيءٍ ، ويلزم الموهوبَ لَه مِنَ المهرِ خمسونَ إِلاَّ نصفَ شيءٍ ، ومِنْ قيمةِ الولدِ خمسونَ إِلاَّ نصفَ شيءٍ ، فيبقىٰ في يدِ الورثةِ مئتانِ إِلاَّ شيئينِ تعدلُ شيئينِ ، فإِذا جُبِرَتا . . عدلتا أَربعةَ أَشياءَ ، الشيءُ رُبعُ المِئَتينِ ، وذٰلكَ نصفُ الجاريةِ ، فتصحُّ الهبةُ في نصفِها ، ويلزمُهُ قيمةُ نصفِها ونصفِ مَهرِها ونصفِ قيمةِ وَلدِها ، وذٰلكَ كلُّهُ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ .

وعلىٰ القولِ الذي يقولُ : تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ علىٰ الثُّلثِ ، وإِجازةُ الورثةِ إِنَّما هيَ تنفيذٌ لما فعلَهُ الميتُ . . لا يلزمُهُ المهرُ ولا قيمةُ الولدِ ، وتصحُّ الهبةُ في ثُلثِها ، وعليهِ ثُلثا قيمتِها للورثةِ ، وهوَ ما لَهم أَنْ يَردُّوا الهبةَ فيهِ .

وإِنْ وَلدتْ بعدَ موتِ سيِّدها :

فإِنْ قُلنا : لا يلزمُهُ شيءٌ مِنْ قيمتِهِ . . فلا كلامَ .

---

(١) في حاشية نسخة : (لسراية حرمة الاستيلاد إليه) .

وإنْ قُلنا : يلزمُهُ مِنْ قيمتِهِ بقَدْرِ ما بَطلَتْ فيهِ الهبةُ . . فهلْ تزدادُ التركةُ بهِ هاهُنا ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذكرهُما .

وإنْ وَطئَها الواهبُ والموهوبُ لَه في طهرٍ وَاحدٍ ، وأَتَتْ بولدٍ . . عُرِضَ علىٰ القافةِ ، فإنْ أَلحقوهُ بالواهبِ ولا مالَ لَه غيرُ الجاريةِ . . جازتِ الهبةُ في شيءٍ منها ، وعلىٰ الواهبِ مهرُ ذٰلكَ الشيءِ ـ وهوَ نصفُ شيءٍ ـ وعليهِ مِنْ قيمةِ الولدِ بقَدْرِ ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ مِنَ الجاريةِ ـ وهوَ نصفُ شيءٍ ـ ويعتقُ باقي الأَمَةِ بالإحبالِ ، ولا يقوَّمُ عليهِ ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ ؛ لأنَّه كالمعسرِ بهِ ، وعلىٰ الموهوبِ لَه مهرُ ما بَطلَتْ فيهِ الهبةُ ـ وهوَ خمسونَ درهماً إلاَّ نصفَ شيءٍ ـ فيَسقطُ مِنْ ذٰلكَ عنهُ ما وَجبَ لَه علىٰ الواهبِ مِنَ المهرِ وقيمةِ الولدِ ـ وذٰلكَ شيءٌ ـ فيبقىٰ عليهِ خمسونَ درهماً إلاَّ شيئاً ونصفَ شيءٍ يعدلُ شيئينِ ، فإذا جَبَرْتَهُ . . عَدلَ ثلاثةَ أَشياءَ ونصفاً ، فإذا قَسَّمتَ الخمسينَ علىٰ ذٰلكَ ؛ لأنَّه لا مالَ للواهبِ إلاَّ ذٰلكَ . . كانَ الشيءُ الكاملُ سُبعي الخمسينَ ، وذٰلكَ الذي صحَّتْ فيهِ الهبةُ ـ وهوَ سُبعُ رقَبةِ الجاريةِ ـ ويَعتقُ باقيها بالإحبالِ ، فيلزمُ الموهوبَ لَه ستَّةُ أَسباعِ مَهرِها ـ وهوَ ٱثنانِ وأَربعونَ درهماً وستةُ أَسباعِ درهمٍ ـ فيسقطُ مِنْ ذٰلكَ ما وَجبَ لَه علىٰ الواهبِ ، وهوَ سُبعُ مَهرِها وسُبعُ قيمةِ الولدِ ـ وهوَ أَربعةَ عشرَ درهماً وسُبعا دِرهمٍ ـ فيبقىٰ علىٰ الموهوبِ لَه ثمانيةٌ وعشرونَ درهماً وأَربعةُ أَسباعِ درهمٍ ، وهوَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ مِنْ رَقبتِها ، وسواءٌ وَطئَها الواهبُ أَوَّلاً أَوِ الموهوبُ لَه . هٰذا إذا قُلنا : إنَّ هبتَهُ لا تصحُّ فيما زادَ علىٰ ثُلثِ تركتِهِ ، وإجازةُ الورثةِ ٱبتداءُ عطيَّةٍ .

وأَمَّا إذا قُلنا : تصحُّ الهبةُ فيما زادَ علىٰ الثُّلثِ وإجازةُ الورثة تنفيذٌ لمَا فعلَهُ الموصي . . فلا مهرَ علىٰ الموهوبِ لَه ؛ لأنَّه وَطئَها وهيَ في مِلكِهُ .

قالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : وعلىٰ الواهبِ جميعُ مَهرِها للموهوبِ لَه وجميعُ قيمةِ وَلدِها ، فتفسخُ الهبةُ في الجاريةِ وتباعُ ويُسلَّمُ إلىٰ الموهوبِ لَه مَهرُها وقيمةُ وَلدِها مئةٌ .

وإنْ أَلحقتِ القافةُ الولدَ بالموهوبِ لَه :

فإنْ قُلنا : لا تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ علىٰ الثُّلث ، فإنْ كانَ وَطءُ الواهبِ لَها قَبْلَ وَطء الموهوبِ لَه . . فحسابُهُ : أَنْ تصحَّ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، وتَبطلَ في

باقيها ، فيلزمُ الواهبَ مهرُ ذٰلكَ الشيءِ ـ وهوَ نصفُ شيءٍ ـ وعلىٰ الموهوبِ لَه قيمةُ ما بَطلتْ فيهِ الهبةِ مِنَ الجاريةِ ـ وهوَ مئةُ درهمٍ إلاَّ شيئاً ـ وعليهِ مَهرُ ما بَطلَتْ فيهِ الهبةُ ـ وهوَ خمسونَ درهماً إلاَّ نصفَ شيءٍ ـ وقيمةُ الولدِ ـ وهوَ خمسونَ درهماً إلاَّ نصفَ شيءٍ ـ فجميعُ ما يجبُ عليهِ مئتانِ إلاَّ شيئينِ ، فيسقطُ عنهُ مِنْ ذٰلكَ ما وَجبَ لهُ علىٰ الواهبِ ـ وهوَ نصفُ شيءٍ ـ فيبقىٰ عليهِ مئتانِ إلاَّ شيئينِ ونصفاً تعدلُ شيئينِ ، فإذا جَبرتَهُما[1] . . عَدلَتا أَربعةَ أَشياءَ ونصفَ شيءٍ ، الشيءُ تسعا المئتينِ ـ وهوَ أَربعةُ أَتساعِ الجاريةِ ، وهوَ الذي صحَّتْ فيهِ الهبةُ ـ وقيمتُهُ أَربعةٌ وأَربعونَ درهماً وأَربعةُ أَتساعِ درهمٍ ، ويلزمُ الموهوبَ لَه قيمةُ خمسةِ أَتساعِ الجاريةِ وخمسةِ أَتساعِ مَهرِها وخمسةِ أَتساعِ قيمةِ وَلدِها ؛ وذٰلكَ مئةُ درهمٍ وأَحدَ عشرَ درهماً وتُسعُ درهمٍ . فإذا سَقطَ عنهُ ما وَجبَ لَه علىٰ الواهبِ ـ وهوَ أَربعةُ أَتساعِ مَهرِها ـ ومبلَغُهُ اثنانِ وعشرونَ درهماً وتُسعا دِرهمٍ . . بقيَ عليهِ ثمانيةٌ وثمانونَ درهماً وثمانيةُ أَتساعِ درهمٍ ، وذٰلكَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ .

وإذا قُلنا : لا يلزمُ الموهوبَ لَه قيمةُ الولدِ . . فإنَّه يؤدِّي مئةً وخمسينَ درهماً إلاَّ شيئاً ونصفاً ، ويسقطُ عنهُ ما علىٰ الواهبِ لَه ـ وهوَ نصفُ شيءٍ ـ فيبقىٰ عليهِ مئةٌ وخمسونَ درهماً إلاَّ شيئينِ تعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلتْ أَربعةَ أَشياءَ ، الشيءُ رُبعُ مئةٍ وخمسينَ وهوَ ثلاثةُ أَثمانِ الجاريةِ ، فتصحُّ فيهِ الهبةُ ، وقيمتُهُ سبعةٌ وثلاثونَ درهماً ونصفُ درهمٍ ، ويلزمُ الموهوبَ لَه قيمةُ خمسةِ أَثمانِها وخمسةِ أَثمانِ مَهرِها ، ويسقطُ عنهُ ثلاثةُ أَثمانِ مَهرِها الذي علىٰ الواهبِ ، فيبقىٰ عليهِ خمسةٌ وسبعونَ درهماً ، وهوَ مِثلا الهبةِ .

وأمّا إذا قُلنا : إنَّ المريضَ تصحُّ هبتُهُ فيما زادَ علىٰ ثُلثِ التركةِ وإجازةُ الوارثِ تنفيذٌ لما فعلَهُ الميتُ . . فلا مهرَ علىٰ الموهوبِ لَه ، ولا قيمةَ وَلدٍ ؛ لأَنَّها مِلكُهُ يومَ الوَطءِ ، وعلىٰ الواهبِ جميعُ مَهرِها للموهوبِ لَه ـ وهوَ خمسونَ درهماً ـ وذٰلكَ نصفُ قيمةِ الجاريةِ ، وتصحُّ الهبةُ في ثلثِ باقيها ـ وهوَ سُدسُها ـ وعلىٰ الموهوبِ لَه قيمةُ خمسةِ أَسداسِها ، فيقاصُّ بقيمةِ نصفِها مِنَ المهرِ لَه ويبقىٰ عليهِ ثلاثةٌ وثلاثونَ درهماً وثلثُ

---

(١) أي المئتين .

درهمٍ مِثلا الهبةِ ، وسواءٌ وَطئَها الواهبُ أوّلاً[1] أوِ الموهوبُ لَه علىٰ هٰذا القولِ .

وإنْ وَطئَها الواهبُ بعدَ وطءِ الموهوبِ لَه ، وقُلنا : لا تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ علىٰ ثُلثِ تركتهِ ، وإجازةُ الورثةِ ٱبتداءُ عطيّةٍ منهُم ، فإنْ قُلنا : لا تعتقُ حصَّةُ الشريكِ إلاّ بعدَ أداءِ القيمةِ . . كانَ الجوابُ فيها كما لَو وَطئَها الواهبُ قَبْلَ الموهوبِ .

وإنْ قُلنا : تعتقُ حصَّةُ الشريكِ قَبْلَ أداءِ القيمةِ . . كانَ جميعُها أُمَّ وَلدٍ للموهوبِ لَه ، ويكونُ علىٰ الواهبِ جميعُ مَهرِها وهوَ خمسونَ درهماً ؛ لأنَّه وَطئَها بعدَ أَنْ صارتْ أُمَّ ولدٍ للموهوبِ لَه ، فيلزمُ الموهوبَ لَه قيمةُ ما بَطلَتْ فيهِ الهبةُ ـ وهوَ مئةٌ إلاَّ شيئاً ـ ومهرُ ذٰلكَ ـ وهوَ خمسونَ درهماً إلاَّ نصفَ شيءٍ ـ يسقطُ منها ما وَجبَ لَه علىٰ الواهبِ ـ وهوَ خمسونَ درهماً ـ يبقىٰ علىٰ الموهوبِ لَه مئةُ درهمٍ إلاَّ شيئاً ونصفَ شيءٍ يعدلُ شيئينِ فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ ثلاثةَ أَشياءَ ونصفَ شيءٍ ، الشيءُ سُبعا المئةِ ، فتصحُّ الهبةُ في سُبعي الجاريةِ ، ويلزمُ الموهوبَ لَه قيمةُ خَمسةِ أَسباعِها وخمسةِ أَسباعِ مَهرِها ، فإذا سقطَ منهُ خمسونَ درهماً . . بقيَ عليهِ سبعةٌ وخمسونَ درهماً وسُبعُ درهمٍ ، وهوَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ الهبةُ .

مسأَلَةٌ : [وهب جارية في مرض موته] :

ولَو وَهبَ زيدٌ في مرضِ موتِهِ جاريةً لَه عَمْراً ، وأَقبضَهُ إيَّاها ، فوَطئَها عَمرٌو ، ثمَّ وَهبَها عَمرو في مرضِ موتهِ زيداً ، وأَقبضَهُ إيَّاها ، وماتا مِنْ مرضِهما ، وقيمةُ الجاريةِ مئةٌ ، ومهرُ مِثلِها خمسونَ ، ولا مالَ لهُما غيرُ الجاريةِ ، وقُلنا : لا تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ علىٰ الثُّلثِ مِنْ تركتِهِ ، وٱعتبارُ التركةِ يومَ الموتِ . . فحسابُهُ :

تجوزُ الهبةُ لعمرٍو في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، وتَبطلُ في جاريةٍ إلاَّ شيئاً ، فيؤَدِّي عَمرٌو مِنَ الشيءِ مهرَ ما بَطلَتْ فيهِ الهبةُ ، وهوَ خمسونَ درهماً إلاَّ نصفَ شيءٍ .

وكيفيَّةُ ذٰلكَ : أَنْ تَجبُرَ الخمسينَ الدرهمَ بنصفِ الشيءِ الذي نَقصَ منها ، ويرتدَّ ذٰلكَ علىٰ الشيءِ المستثنىٰ منهُ ، ثمَّ نَستثني مِنَ الشيءِ وممَّا زِيدَ عليهِ خمسينَ فنقول :

---

(١) في نسخة : (أم لا) .

بقيَ معَ عمرٍو شيءٌ ونصفُ شيءٍ إلاَّ خمسينَ درهماً ، فتصحُّ هبتُهُ لزيدٍ في ثُلثِ ذٰلكَ ـ وهوَ نصفُ شيءٍ إلاَّ ستَّةَ عشرَ درهماً وثلثي درهمٍ ـ ويبقىٰ معَ ورثةِ عَمرٍو شيءٌ إلاَّ ثلاثةً وثلاثينَ درهماً وثلثَ درهمٍ ، ويكونُ معَ ورثةِ زيدٍ مئةُ درهمٍ وثلاثةٌ وثلاثونَ درهماً وثُلثُ درهمٍ إلاَّ شيئاً يَعدلُ شيئينِ . فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ ثلاثةَ أَشياءَ ، الشيء الواحدُ ثُلثُ ذٰلكَ ـ وهوَ أربعةُ أَتساعِ[1] الجاريةِ ـ فتصحُّ الهبةُ في أَربعةِ أَتساعِ الجاريةِ ، وتَبطلُ في خمسةِ أَتساعِها ، فيلزمُ عَمْراً خمسةُ أَتساعِ مَهرِها ، وهوَ قدرُ تسعي رَقبتِها ونصفِ تسعِها . فإذا خرجَ ذٰلكَ مِنْ أَربعةِ أَتساعِها . . بقيَ معهُ تسعُها ونصفُ تسعِها ، فتصحُّ هبتُهُ لزيدٍ في نصفِ تسعِها ـ وهوَ نصفُ شيءٍ إلاَّ ستَّةَ عشرَ درهماً وثلثي درهمٍ ـ فيجتمعُ لزيدٍ ثمانيةُ أَتساعِها ، وهوَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ هبتُهُ لعمرٍو .

فإنْ وَهبَها زيدٌ لعمرٍو وأَقبضَهُ إِيَّاها ، ثمَّ وَطئَها زيدٌ ، ثم وهبَها عَمرٌو مِنْ زيدٍ . . صحَّتْ هبةُ زيدٍ لعمرٍو في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، فلمَّا وَطئَها زيدٌ . . وَجبَ عليهِ مهرُ ذٰلكَ الشيءِ ـ وهوَ نصفُ شيءٍ ـ فيجتمعُ لعمرٍو شيءٌ ونصفُ شيءٍ ، فتصحُّ هبتُهُ لزيدٍ في ثُلثِ ما بيدِهِ ـ وهوَ نصفُ شيءٍ ـ فيكونُ معَ زيدٍ جاريةٌ قيمتُها مئةٌ إلاَّ شيئاً يعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ ثلاثةَ أَشياءَ ، الشيءُ ثُلثُها ، فتصحُّ هبةُ زيدٍ لعمرٍو في ثُلثِ الجاريةِ ، ويجبُ علىٰ زيدٍ لعمرٍو ثُلثُ مَهرِها وهوَ مثلُ سُدسِها ، فلمَّا وَهبَها عَمرٌو مِنْ زيدٍ . . صحَّتْ هبتُهُ في سُدسِها ، فأجتمعَ لورثةِ زيدٍ ثُلثَا الجاريةِ ـ وهوَ مِثلا هبتِهِ لعمرٍو ـ وبقيَ لورثةِ عَمرٍو ثُلثُ الجاريةِ ـ مِثلا هبتِهِ لزيدٍ ـ .

وإنْ وَطئَها زيدٌ بعدَ أَنْ وهبَهَا منهُ عَمرٌو وأَقبضَهُ إِيَّاها . . فحسابُهُ أَنْ نقولَ : تصحُّ هبةُ زيدٍ لعمرٍو في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، فلمَّا وَهبَها عَمرٌو مِنْ زيدٍ . . صَحَّتْ هبتُه لَه وَصيَّةً ، وبقيَ معَ عَمرٍو شيءٌ إلاَّ وصيَّةً ، فلمَّا وَطئَها زيدٌ . . وَجبَ عليهِ مَهرُ ما بقيَ في يدِ عمرٍو ، وقَدْرُ ذٰلكَ المهرِ نصفُ شيءٍ إلاَّ نصفَ وصيَّةٍ ، فيجتمعُ لعمرٍو شيءٌ ونصفُ شيءٍ إلاَّ وصيَّةً ونصفَ وصيَّةٍ تعدلُ وَصيَّتينِ . فإذا جُبرَتْ . . صارَ شيءٌ ونصفُ شيءٍ يعدلُ ثلاثَ وَصايا ونصفَ وصيَّةٍ ، الوصيَّةُ سُبعا ذٰلكَ ، وهيَ ثلاثةُ أَسباعِ شيءٍ ، فتصحُّ

(١) في (م) : (أسباع) في المواضع الثلاثة .

هبةُ عمرٍو لزيدٍ في ثلاثةِ أَسباعِ شيءٍ ، وتبطلُ في أَربعةِ أَسباعِ شيءٍ ، ويجبُ علىٰ زيدٍ مهرُ أَربعةِ أَسباعِ شيءٍ وذٰلكَ قَدْرُ سُبعي شيءٍ ، فيجتمعُ لورثةِ عمرٍو ستَّةُ أَسباعِ شيءٍ - وهوَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ هبتُهُ - ويجتمعُ لورثةِ زيدٍ جاريةٌ قيمتُها مئةُ درهمٍ إلاَّ ستَّةَ أَسباعِ شيءٍ تعدلُ شيئينِ . فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ شيئينِ وستَّةَ أَسباعِ شيءٍ . فإذا قَسَّطْتَ[١] الشيئينِ أَسباعاً وضَممْتَ إِليها الستَّةَ الأَسباعَ . . كانَ ذٰلكَ عشرينَ ، فالشيءُ الكاملُ سبعةُ أَسهمٍ مِنْ عشرينَ ، وهوَ الجائزُ بهبةِ زيدٍ لعمرٍو ، ثمَّ يَرجعُ إِلىٰ زيدٍ بهبةِ عمرٍو ثلاثةُ أَجزاءٍ مِنْ هٰذهِ السبعةِ ، فيبقىٰ معَ عمرٍو أَربعةُ أَجزاءٍ ، ثمَّ يَغرَمُ لَه زيدٌ بالمهرِ جُزأَينِ ، فيكونُ معَهُ[٢] ستَّةُ أَجزاءٍ - وهوَ مِثلا هبتِهِ - ويبقىٰ معَ زيدٍ أَربعةَ عشرَ جُزءاً ، وذٰلكَ مِثلا هبتِهِ لعمرٍو .

وإِنْ وَهبَها زيدٌ لعمرٍو وأَقبضَهُ إِيَّاها ، ثمَّ وَهبَها عَمرٌو لزيدٍ وأَقبضهُ إِيَّاها ، ثمَّ وطئَها عمرٌو . . فإِنَّه يصحُّ لعمرٍو بهبةِ زيدٍ شيءٌ مِنَ الجاريةِ ، وتصحُّ لزيدٍ مِنْ عمرٍو مِنَ الشيءِ وَصيَّةٌ ، فيبقىٰ معَ عمرٍو شيءٌ إِلاَّ وَصيَّةً ، ومعَ زيدٍ مئةُ درهمٍ ووَصيَّةٌ إِلاَّ شيئاً ، فلمَّا وَطئَها عَمرٌو . . وَجبَ عليهِ مَهرُ ما في مِلكِ زيدٍ فيها ، وقَدْرُ ما عليهِ مِنَ المهرِ نصفُ وَصيَّةٍ وخمسونَ درهماً إِلاَّ نصفَ شيءٍ ، يخرجُ ذٰلكَ ممَّا في يدِهِ فيبقىٰ معَهُ شيءٌ ونصفُ شيءٍ إِلاَّ وَصيَّةً ونصفَ وصيَّةٍ ، وإِلاَّ خمسينَ درهماً تعدلُ وصيَّتينِ . فإِذا جُبرَتْ . . صارَ ذٰلكَ شيئاً ونصفَ شيءٍ إِلاَّ خمسينَ درهماً تعدلُ ثلاثَ وَصايا ونصفَ وصيَّةٍ ، الوصيَّةُ سُبعا ذٰلكَ ، وهوَ ثلاثةُ أَسباعِ شيءٍ إِلاَّ أَربعةَ عشرَ درهماً وسُبعي دِرهمٍ . فإِذا جمعتَ ما بيدِ زيدٍ مِنَ الذي لَم تصحَّ فيهِ الهبةُ منهُ ومِنْ هبةِ عمرٍو لَه ومِنَ المهرِ علىٰ عمرٍو . . كانَ[٣] معَهُ مئةٌ وخمسونَ درهماً ووصيَّةٌ ونصفُ وصيَّةٍ إِلاَّ شيئاً ونصفَ شيءٍ ، فاَجعلْ مكانَ الوصيَّةِ ونصفِ الوصيَّةِ قيمتَهما - وذٰلكَ أَربعةُ أَسباعِ شيءٍ ونصفُ سُبعِ شيءٍ إِلاَّ أَحداً وعشرينَ درهماً وثلاثةَ أَسباعِ درهمٍ - فيصيرُ معَهُ مئةُ درهمٍ وثمانيةٌ وعشرونَ درهماً وأَربعةُ أَسباعِ درهمٍ إِلاَّ ستَّةَ أَسباعِ شيءٍ تعدلُ شيئينِ . فإِذا جُبرَتْ . .

---

(١) في (م) : (بسطت) .
(٢) في (م) : (له) .
(٣) في (م) : (وصار) .

عَدلَتْ شيئينِ وستَّةَ أَسباعِ شيءٍ فٱبسطِ[1] الشيئينِ أَسباعاً ، وضُمَّ إِليها الستَّةَ الأَسباعِ ، فتصيرُ عشرينَ سهماً . والدراهمُ الزائدةُ علىٰ المئةِ ، سُبعا المئةِ فٱبسطِ المئةَ أَسباعاً ، وضمَّ إِليها سُبعي المئةِ ، فذٰلكَ تسعةُ أَسهمٍ ، فالشيءُ تسعةُ أَجزاءٍ مِنْ عشرينَ جُزءاً مِنَ الجاريةِ ، وهوَ رُبُعها وخُمسُها ، وهوَ الجائزُ بهبةِ زيدٍ لعمرٍو : فلمَّا وهبَ عَمرٌو لزيدٍ . . صحَّ لَه مِنْ هبتِهِ وصيَّةٌ ، والوصيَّةُ ثلاثةُ أَسباعِ شيءٍ إِلاَّ أَربعةَ عشرَ درهماً وسُبعي درهمٍ ، وذٰلكَ سهمٌ مِنَ التسعةِ ، فيبقىٰ معَ عَمرٍو ثمانيةُ أَجزاءٍ ومعَ زيدٍ ٱثنا عشرَ جُزءاً ، فلمَّا وَطِئَها عَمرٌو . . وَجبَ عليهِ لزيدٍ بالمهرِ نصفُ ما بيدِ زيدٍ مِنَ الجاريةِ ؛ لأَنَّ المهرَ نصفُ قيمتِها ، وذٰلكَ ستَّةُ أَجزاءٍ . . فيصيرُ معَ زيدٍ ثمانيةَ عشرَ جزءاً ـ وهوَ مِثلا هبتِهِ لعمرٍو ـ ويبقىٰ معَ وَرثةِ عَمرٍو جزءانِ ـ وهوَ مِثلا هبتِهِ لزيدٍ ـ .

فأَمَّا إِذا وَهبَها زيدٌ لعمرٍو وأَقبضَهُ إِيَّاها ، ثمَّ وَطئَها عَمرٌو ، ثمَّ وهبَها عَمرٌو لزيدٍ وأَقبضَهُ إِيَّاها ، ثمَّ وَطئَها زيدٌ ، وقيمتُها ثلاثُ مئةٍ ومهرُ مثلِها مئةٌ ولا مالَ لهُما غيرُها . . فحسابُهُ أَنْ نقولَ : تصحُّ هبةُ زيدٍ لعمرٍو في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، فلما وَطئَها عَمرٌو . . وَجبَ عليهِ لزيدٍ مهرُ ما لم تصحَّ فيهِ الهبةُ وقَدْرُ ذٰلكَ المهرِ مِئةُ درهمٍ إِلاَّ ثُلثَ شيءٍ ، ثمَّ لمَّا وَهبَها عَمرٌو مِنْ زيدٍ . . صحَّ مِنْ هبتِهِ لَه وصيَّةٌ ، وبقيَ في يدِ عَمرٍو شيءٌ إِلاَّ وَصيَّةً ، فلمَّا وَطئَها زيدٌ . . وَجبَ عليهِ مَهرُ ما بيدِ عمرٍو منها ، وقَدْرُ المهرِ علىٰ زيدٍ ثُلثُ شيءٍ إِلاَّ ثُلثَ الوصيَّةِ . فإِذا جمعتَ ما بيدِ زيدٍ ممَّا لَم تصحَّ فيهِ هبتُهُ ، والمهرَ الذي علىٰ عمرٍو ، وهبةَ عمرٍو لَه . . كانَ جميعُ ذٰلكَ وَصيَّةً وأَربعَ مئةِ درهمٍ إِلاَّ شيئاً وثلثَ شيءٍ ، فأَسقِطْ مِنْ ذٰلكَ ما وَجبَ عليهِ لعمرٍو بالمهرِ ـ وذٰلكَ ثلثُ شيءٍ إِلاَّ ثُلثَ وصيَّةٌ ـ فأَكمِلْ ثُلثَ الشيءِ بثُلثِ الوصيَّةِ الناقصةِ ، ثمَّ ردَّ ثلثَ الوصيَّةِ إِلىٰ الوصيَّةِ معَ الدراهمِ الأَربعِ مئةٍ ، ثمَّ ٱستثنِ ثُلثَ الشيءِ ممَّا في يدِ زيدٍ ، فيبقىٰ معَهُ وصيَّةٌ وثلثَ وصيَّةٍ وأَربعَ مئةِ درهمٍ إِلاَّ شيئاً وثُلثَي شيءٍ ، ثمَّ ٱجمعْ ما بيدِ عمرٍو مِنْ هبةِ زيدٍ لَه وممَّا غَرِمَ لَه زيدٌ بالمهرِ ، وذٰلكَ شيءٌ وثلثُ شيءٍ إِلاَّ ثُلثَ وصيَّةٍ وقدْ غرمَ مِنْ ذٰلكَ مئةَ درهمٍ إِلاَّ ثُلثَ شيءٍ ووهبَ وصيَّةً لزيدٍ ، فإِذا أَردتَ إِخراجَ ذٰلكَ ممَّا بيدِهِ . . أَكملتَ المئةَ بثلثِ الشيءِ

(١) في نسخة : (فأقسط) .

الناقصِ منها ، وزِدتَ ذٰلكَ الثلثَ على الشيءِ وثلثَ الشيءِ إلاَّ ثلثَ وَصيَّةٍ ، ثمَّ ٱستثنِ مِنْ ذٰلكَ مئةَ درهمٍ ووصيَّةً ، فنقولُ : بقيَ معَ عمرٍو شيءٌ وثُلثا شيءٍ إلاَّ وَصيَّةً وثلثَ وَصيَّةٍ وإلاَّ مئةَ درهمٍ ـ وهٰذا الذي بيدِ عمرٍو ـ يعدلُ وَصيَّتينِ ، فٱجبُرْ شيئاً وثُلثَي شيءٍ إلاَّ مئةَ درهمٍ وإلاَّ وصيَّةً وثلثَ وصيَّةٍ بالوصيَّةِ وثلثَ الوصيَّةِ الناقصِ ، ورُدَّ ذٰلكَ على الوصيَّتينِ ، فتصيرُ شيئاً وثُلثَي شيءٍ إلاَّ مئةَ درهمٍ تعدلُ ثلاثَ وَصايا وثُلثَ وَصيَّةٍ ، فٱضرِبِ الثلاثَ الوَصايا في ثلاثةٍ ، وضُمَّ إليها ثُلثَ الوصيَّةِ ، فتصيرُ عشرةً ، فٱقسِمْ شيئاً وثُلثَي شيءٍ إلاَّ مئةَ درهمٍ على عشرةٍ ، وٱجمعْ ما يخصُّ ثلاثةَ أَجزاءٍ ـ لأَنَّها أَجزاءُ الوصيَّةِ ـ فيخصُّ الوصيَّةَ الكاملةَ ثلاثةُ أَعشارِ شيءٍ وثُلثَي شيءٍ إلاَّ ثلاثينَ درهماً ـ وذٰلكَ نصفُ شيءٍ إلاَّ ثلاثينَ درهماً ـ فنعلَمُ أَنَّ هٰذهِ قيمةُ الوصيَّةِ ، ثمَّ ٱرجعْ إلىٰ ما بيدِ زيدٍ ، وهوَ أَربعُ مئةِ درهمٍ ووَصيَّةٌ وثُلثُ وَصيَّةٍ إلاَّ شيئاً وثُلثَي شيءٍ ، فٱنظُرْ قيمةَ وَصيَّةٍ وثُلثَ وَصيَّةٍ . . تجدْ ذٰلكَ ثُلثَي شيءٍ إلاَّ أَربعينَ درهماً ، فٱجعلْها مكانَ الوصيَّةِ وثلثِ الوصيَّةِ ، فيحصلُ في يدِ زيدٍ ثلاثُ مئةِ درهمٍ وستُّونَ درهماً إلاَّ شيئاً يعدلُ شيئَينِ ، فإذا جُبرَتْ . . صارتْ ثلاثَ مئةٍ وستِّينَ تعدلُ ثلاثةَ أَشياءَ ، الشيءُ ثلثُ ذٰلكَ ـ وهوَ مئةٌ وعشرونَ درهماً ـ فهٰذا الذي صحَّتْ فيهِ هبةُ زيدٍ لعمرٍو ، وذٰلكَ خُمسا الجاريةِ ، وتَبطلُ الهبةُ في ثلاثةِ أَخماسِها ، فيجبُ لَه علىٰ عمرٍو ثلاثةُ أَخماسِ مَهرِها ـ وهوَ ستُّونَ درهماً ـ وذٰلكَ مئةُ درهمٍ إلاَّ ثُلثَ شيءٍ ، ويخرجُ منهُ وصيَّةٌ ، وذٰلكَ نصفُ شيءٍ إلاَّ ثلاثينَ درهماً ـ وهوَ ثلاثونَ درهماً ـ فبقيَ معَهُ ثلاثونَ درهماً ، ثمَّ يرجعُ إلىٰ عمرٍو ما وَجبَ لَه علىٰ زيدٍ مِنَ المهرِ ، وهوَ ثلاثونَ درهماً ـ ثلاثةُ أَعشارِ المهرِ ـ وذٰلكَ ثُلثُ شيءٍ إلاَّ ثُلثَ وصيَّةٍ ، فيجتمعُ لعمرٍو ستُّونَ درهماً مِثلا الوصيَّةِ التي خرجتْ منهُ ، ويجتمعُ لورثةِ زيدٍ مئتانِ وأَربعونَ مِثلا هبتِهِ لعمرٍو .

واللهُ أَعلمُ

* * *

بابُ الرجوعِ في الوصيَّةِ

يجوزُ للموصي أَنْ يرجعَ فيما أَوصىٰ بهِ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ لا تلزمُ إِلاَّ بعدَ موتِهِ ، فجازَ لَه الرجوعُ فيها ، كمَا لَو وَهبَ لِغيرهِ شيئاً ، ثمَّ رجعَ الواهبُ قَبْلَ قَبولِ[1] الموهوبِ لَهُ .

و(الرجوعُ) : هوَ أَنْ يقولَ : رجعتُ في الوصيَّةِ لفلانٍ ، أَو أَبطلتُها أَو رددتُها أَو فسختُها أَو ما أَشبهَ ذٰلكَ : فإِنْ قالَ : حرامٌ علىٰ فلانٍ ما أَوصيتُ لَه بهِ . . كانَ رجوعاً ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يكونَ لَه وهوَ حرامٌ عليهِ .

وإِنْ قالَ : هوَ لِوَرثَتي . . كانَ رجوعاً ؛ لأَنَّ ذٰلكَ ينافي الوصيَّةَ .

وإِنْ قالَ : هوَ تَرِكَتِي . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه رجوعٌ ؛ لأَنَّ التركةَ لِلورثةِ .

والثاني : ليسَ برجوعٍ ؛ لأَنَّ الموصىٰ بهِ مِنَ التركةِ .

مسأَلةٌ : [أَوصىٰ لرجلٍ بثلث ونحوه ثم لآخر مثله] :

وإِنْ أَوصىٰ لرَجلٍ بثُلثِ مالهِ ، أَو بعَينٍ مِنْ مالهِ ، ثمَّ أَوصىٰ بثُلثِ مالهِ ، أَو بتلكَ العينِ لرَجلٍ آخَرَ ولَم يتعرَّضْ للوصيَّةِ الأُولىٰ . . فليسَ برجوعٍ في الأُولىٰ ، فإِنْ أَجازَ الورثةُ وَصيَّتَهُ في الثلثينِ . . ٱستحقَّ كلُّ وَاحدٍ مِنَ الموصىٰ لهُما ثُلثَ مالهِ . وإِنْ لَم يُجيزوا وَصيَّتَهُ في الثلثينِ ، أَو كانتْ وَصيَّتُهُ في العينِ . . قُسِّمَ ذٰلكَ بينَهُما إِذا ٱحتملَ الثلثُ العينَ الموصىٰ بها . وبهِ قالَ ربيعةُ ، ومالكٌ ، وأَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ .

وقالَ الحسنُ ، وعطاءٌ ، وطاووسٌ ، وداودُ : (يكونُ هٰذا رجوعاً في الوصيَّةِ الأُولىٰ) .

---

(١) في نسخة : (موت) .

ودليلُنا : أَنَّ كلَّ واحدٍ مِنَ الموصىٰ لهُما قدْ ساوىٰ صاحبَهُ وَقتَ الوجوبِ ، فقُسِّمَ بينهُما ، كما لَو أَوصىٰ لهُما بثُلثِ مالهِ أَو بعينٍ مِنْ مالهِ في حالةٍ واحدةٍ .

وإِنْ أَوصىٰ لأَحدِهما بثُلثِ مالهِ ، ثمَّ أَوصىٰ لآخَرَ بثلثِ مالهِ ، فردَّ أَحدُهما وَصيَّتَهُ . . توفَّرَ جميعُ الثلثِ علىٰ الذي لَم يَرُدَّ ؛ لأَنَّه قدْ أَوصىٰ لَه بثُلثِ مالهِ ، وليسَ هاهُنا مَنْ يُزاحمُهُ فهوَ كما لَو لَم يوصِ إلاَّ لَه .

فرعٌ : [وصىٰ لرجل بشيء ثم قال : هو لآخر] :

وإِنْ وَصَّىٰ لرَجلٍ بشيءٍ ، ثمَّ قالَ : ما أَوصيتُ بهِ لفلانٍ فقدْ أَوصيتُ بهِ لفلانٍ . . فهوَ رجوعٌ عَنْ وَصيَّتهِ الأُولىٰ ؛ لأَنَّه قدْ نَقلَ الوصيَّةَ مِنَ الأَوَّلِ إِلىٰ الثاني ، وصرَّحَ بذٰلكَ .

وحكىٰ الشيخُ أَبو إِسحاقَ وَجهاً آخرَ : أَنَّه يكونُ بينهُما ، **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

مسأَلةٌ : [أوصىٰ بعبد ثم باعه] :

وإِنْ وَصَّىٰ لرجلٍ بعبدٍ ، ثمَّ باعَهُ ، أَو وهبَهُ وأَقبضَهُ ، أَو أَعتقَهُ ، أَو كاتبَهُ ، أَو أَوصىٰ للعبدِ بشيءٍ مِنْ ذٰلكَ . . كانَ رجوعاً في الوصيَّةِ الأُولىٰ ؛ لأَنَّ هٰذهِ الأَشياءَ تنافي مقتضىٰ الوصيَّةِ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ تمليكٌ بعدَ الوفاةِ ، فينبغي أَنْ يكونَ الموصىٰ بهِ علىٰ مِلكهِ حتَّىٰ يقعَ تملُّكُهُ[1] بعدَهُ .

وإِنْ عَرضَهُ لِلبيعِ ، أَو وهبَهُ لآخَرَ فلَم يَقبلْ ، أَو رهنَهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ ذٰلكَ رجوعٌ في الوصيَّةِ ؛ لأَنَّه عُرضَةٌ لزوالِ المِلكِ .

والثاني : ليسَ برجوعٍ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ لَم يَزُلْ عنهُ ، **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

وإِنْ وَصَّىٰ بثُلثِ مالهِ ، ثمَّ باعَ مالَهُ . . لَم يكنْ رجوعاً في الوصيَّةِ ؛ لأَنَّ مالَهُ معتبَرٌ عندَ الموتِ .

---

(١) في (م) : (تمليك) .

فرعٌ : [أوصىٰ بعبد ثم دبَّره] :

وإنْ أَوصىٰ لرجلٍ بعبدٍ ، ثمَّ دَبَّرهُ ، فإنْ قُلنا : إنَّ التدبيرَ تعليقُ عتْقٍ بصفةٍ. . كانَ رجوعاً في الوصيَّةِ ؛ لأنَّه عُرضَةٌ لِزوالِ المِلكِ .

وإنْ قُلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ ، فإنْ قُلنا : العتقُ يقدَّمُ علىٰ سائرِ الوَصايا . . كانَ ذٰلكَ رجوعاً في الوصيَّةِ . وإنْ قُلنا : لا يقدَّمُ العِتقُ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

أَحدُهما : أنَّه ليسَ برجوعٍ في الوصيَّةِ . . فيكونُ نصفُهُ موصىً بهِ ، ونصفُهُ مدبَّراً ، كما لَو أَوصىٰ بهِ لرجلٍ ثمَّ أَوصىٰ بهِ لآخرَ .

والثاني ـ ولَم يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ ـ : أنَّه رجوعٌ ؛ لأَنَّ التدبيرَ أَقوىٰ ؛ لأَنَّه يتنجَّزُ مِنْ غيرِ قَبُولٍ ، والوصيَّةُ لا تتمُّ إلاَّ بالقَبُولِ .

مسأَلةٌ : [زيادة الموصىٰ به] :

وإنْ أَجَّرَ الموصىٰ بهِ ، أَو علَّمَهُ صنعةً أَو زوَّجَهُ ، أَو ختَنَهُ ، أَوِ ٱستخدَمَهُ ، أَو أَنفقَ عليهِ. . لَم يكنْ رجوعاً في الوصيَّةِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا يُنافيها .

وإنْ وَصَّىٰ لرجلٍ بجاريةٍ فوَطِئَها الموصي[1] : فإنْ عَزَلَ عنها. . لَم يكنْ رجوعاً ؛ لأَنَّ ذٰلكَ ٱستيفاءُ منفعةٍ ، فهوَ كالاستخدامِ . وإنْ لَم يَعزلْ عنها. . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أنَّه ليسَ برجوعٍ ، كما لَو عَزلَ عنها .

والثاني ـ وهوَ قولُ ٱبنِ الحدَّادِ ، والمسعوديِّ [في « الإبانة » ق/٤٣٨] ، والقاضي أَبي الطيِّبِ ـ : أَنَّه رجوعٌ ، كما قالَ الشافعيُّ : (إذا حلفَ لا يتسرَّىٰ بجاريةٍ فوطئَها ولَم يَعزلْ عنها. . كانَ حانثاً في يمينِهِ) ولأَنَّه عرَّضَها للإحبالِ وزوالِ المِلكِ ، فهوَ كما لَو عَرَضها للبيعِ .

---

(١) في (م) : (الوصي) .

مسأَلةٌ : [خلط الموصي الطعام] :

وإنْ وَصَّىٰ لَه بطعامٍ متميِّزٍ فخلطَهُ بغيرِهِ.. كانَ رجوعاً سواءٌ خلطَهُ بِمثلهِ أَو بأَجودَ منهُ ، أَو بأَردأَ منهُ ؛ لأَنَّه لا يمكنُ تسليمُ الطعامِ الموصىٰ بهِ .

وإنْ أَوصىٰ لَه بصاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ ، ثمَّ خلطَ الصُّبْرَةَ بمثلِها.. لَم يكنْ رجوعاً ؛ لأَنَّ الموصىٰ بهِ مختلِطٌ بغيرِهِ ، فلا يضرُّ خَلطُ الصُّبْرَةِ بمثلِها .

وإنْ خَلطَ الصُّبْرَةَ بأَجودَ منها.. كانَ رجوعاً ؛ لأَنَّه أَحدثَ بالخلْطِ زيادةً لَم يرضَ بتمليكِها .

وإنْ خلَطَ الصُّبْرَةَ بأَردأَ منها.. ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

أَحدُهما ـ ولم يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ[1] ـ : أَنَّه ليسَ برجوعٍ ، كما لَو خلَطَها بمثلِها . وما حدثَ مِنَ النَّقْصِ لا يقتضي الرجوعَ ، كما لَو أَتلفَ بَعضَها .

والثاني : أَنَّه رجوعٌ ؛ لأَنَّه يتغيَّرُ[2] بما دونَهُ كما يتغيَّرُ بما هوَ أَجودُ منهُ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤٣٩] : لا يكونُ رجوعاً ، سواءٌ زادتْ أَوْ نَقصتْ ؛ لأَنَّ الاسمَ باقٍ عليها .

وإنْ نَقلَ الطعامَ إِلىٰ بلدٍ أَبعدَ مِنْ بلدِ الموصىٰ لَه.. ففي ذٰلكَ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه رجوعٌ ؛ لأَنَّه لَو لَم يُرِدِ الرجوعَ.. لَمَا نقلَهُ عنهُ .

والثاني : ليسَ برجوعٍ ؛ لأَنَّه باقٍ علىٰ صفتِهِ .

فرعٌ : [تصنيع الموصىٰ به] :

وإنْ وَصَّىٰ لَه بطعامٍ فطحنَهُ أَو جعلَهُ سَويقاً ، أَو بدقيقٍ فعجنَهُ ، أَو بعجينٍ فخبزَهُ.. كانَ رجوعاً ؛ لأَنَّه أَزالَ عنهُ الاسمَ .

---

(١) وفي « المهذب » (١/ ٤٦٩) : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة .

(٢) في (م) : (لا يُعتبر) في الموضعين .

وإنْ وَصَّىٰ لَه بخبزٍ فجعلَهُ فتيتاً . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه رجوعٌ ؛ لأنَّه أزالَ عنهُ الاسمَ .

والثاني : ليسَ برجوعٍ ؛ لأَنَّه يقالُ : خبزٌ مدقوقٌ .

وإنْ وَصَّىٰ لَه برُطَبٍ فجعلَهُ تمراً ، أَو بلحمٍ فطبخَهُ أَو شواهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه رجوعٌ ؛ لأَنَّه أَزالَ عنهُ الاسمَ .

والثاني : ليسَ برجوعٍ ؛ لأَنَّه أَبقىٰ لَه .

وإنْ وَصَّىٰ لَه بقُطْنٍ فغزلَهُ ، أَو بغزلٍ فنسجَهُ . . كانَ رجوعاً ؛ لأَنَّه أَزالَ عنهُ الاسمَ .

وإنْ وَصَّىٰ لَه بقُطْنٍ فحشا بهِ فِراشاً . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه ليسَ برجوعٍ ؛ لأَنَّ اَسمَ القُطنِ باقٍ عليهِ .

والثاني : أَنَّه رجوعٌ ؛ لأَنَّه جعلَهُ للاستهلاكِ .

وإنْ وَصَّىٰ لَه بشاةٍ فذبحَها . . كانَ رجوعاً ؛ لأَنَّه أَزالَ عنها الاسمَ .

وإنْ وَصَّىٰ لَه بثوبٍ فغسلَهُ . . لَم يكنْ رجوعاً ؛ لأَنَّه باقٍ . وإنْ قَطعَهُ قميصاً ، أَو وَصَّىٰ لَه بخشبةٍ فشقَّها باباً . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه رجوعٌ ؛ لأَنَّه أَزالَ عنهُما اَسمَ الثوبِ والخشبةِ .

والثاني : ليسَ برجوعٍ ؛ لأَنَّ الاسمَ باقٍ عليهِما .

فرعٌ : [إزالة اَسم العين الموصىٰ بها] :

وإنْ وَصَّىٰ لَه بدارٍ فهدَمَها الموصي . . بَطلتِ الوصيَّةُ فيها ؛ لأَنَّه تصرُّفٌ أَزالَ بهِ الاسمَ ، فكانَ رجوعاً ، كما لَو أَوصىٰ لَه بحِنطَةٍ فطحنَها .

وإنِ اَنهدمتْ في حياةِ الموصي ، فإنْ لَم يزُلْ عنها اَسمُ الدارِ . . لَم تبطلِ الوصيَّةُ فيما لَم يَنفصلْ عنها . وأَمَّا ما اَنفصلَ عنها مِنْ أَحجارٍ و آجُرٍّ وأَخشابٍ . . **فالمنصوصُ** : (أَنَّهُ لورثةِ الموصي) ؛ لأَنَّه جاءَ وقتُ لزومِ الوصيَّةِ وهوَ منفصلٌ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : إِنَّه للموصىٰ لَه ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ تناولتْهُ . وليسَ بشيءٍ .

وإنْ زالَ عنها ٱسمُ الدارِ ، بأَنْ صارتْ بَراحاً[١] ، فإنْ قُلنا : إنَّ الآلةَ التي ٱنفصلتْ عنها في الأُولىٰ للموصىٰ لَه . . لَم تَبطلِ الوصيَّةُ هاهُنا في الآلةِ والعَرْصَةِ .

وإنْ قُلنا بالمنصوصِ . . فإنَّ الآلةَ لِورثةِ الموصي ، وفي العَرْصَةِ وَجهانِ :

أَحدُهما : أنَّها للموصىٰ لَه ؛ لأنَّها ثبوتُ[٢] الدارِ .

والثاني ـ وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّ الوصيَّةَ تبطلُ بها أَيضاً ؛ لأنَّه لا يقعُ عليها ٱسمُ الدارِ .

وإنِ ٱنهدمتْ بعدَ موتِ الموصي وقَبْلَ قَبُولِ الموصىٰ لَه ، ثمَّ قَبِلَ . . فإنَّ الدارَ وما ٱنفصلَ عنها للموصىٰ لَه ؛ لأنَّه جاءَ وقتُ لزومِ الوصيَّةِ وهيَ متَّصلةٌ بالدارِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : إنْ قُلنا : إنَّ الموصىٰ لَه مَلكَ بالموتِ . . كانَ الجميعُ لَه . وإنْ قُلنا : إنَّه مَلكَ بنَفْسِ القَبُولِ . . كانَ ما ٱنفصلَ عنها لِورثةِ الموصي .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰذا ضعيفٌ ؛ لأنَّه يلزمُ علىٰ هٰذا : إذا خربتِ الدارُ كلُّها بعدَ الموتِ وقَبْلَ القَبُولِ ، وقُلنا : إنَّ مِلكَهُ بالقَبُولِ . . أَنَّ الوصيَّةَ تبطلُ وتكونُ لِورثةِ الموصي! وما قالَ هٰذا أَحدٌ مِنْ أَصحابِنا .

وإنْ وَصَّىٰ لَه بدارٍ ، ثمَّ بنىٰ عليها بيتاً آخَرَ ، فإنْ قُلنا : إنَّ المنفصلَ عنها في حياةِ الموصي لِورثةِ الموصي . . كانَ البيتُ الملحَقُ بالدارِ لَهُم . وإنْ قُلنا : إنَّ المنفصلَ للموصىٰ لَه . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤٣٨] : كانَ البيتُ الملحَقُ للموصىٰ لَه أَيضاً .

فرعٌ : [استعمال الموصىٰ به] :

وإنْ وَصَّىٰ لَه بأَرضٍ فزرعَها . . لَم يكنْ رجوعاً ، كما لَو وَصَّىٰ لَه بدارٍ فسكنها . وإنْ غَرسَها أَو بنىٰ فيها . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) البراح ، برح الشيء يبرح ـ من باب تعب ـ براحاً : زال من مكانه ، ومنه قيل للّيلة الماضية : البارحة .

(٢) في (م) : (شيء من) .

أَحدُهما : أَنَّه ليسَ برجوعٍ ، كزراعتِها .

والثاني : أَنَّه رجوعٌ ؛ لأَنَّهما يرادانِ للبقاءِ .

فإذا قُلنا بالأَوَّلِ . . ففي موضعِ الغراسِ وقرارِ البناءِ وَجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ ذٰلكَ ليسَ برجوعٍ فيهِ ، كالبياضِ الذي بينَ ذٰلكَ .

والثاني : أَنَّه رجوعٌ فيهِ ؛ لأَنَّه تابعٌ لما عليها .

فرعٌ : [وصىٰ بمنفعة دار سنة ثم أجرها] :

قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : وإِنْ أَوصىٰ لَه بمنفعةِ دارِه سنةً ، ثمَّ أَجَّرَها دونَ السَّنَةِ . . لَم يكنْ رجوعاً ؛ لأَنَّ الإِجارةَ قدْ تنقضي قبلَ موتِ الموصي ، فإِنْ ماتَ قَبْلَ ٱنقضاءِ الإِجارةِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تَبطلُ الوصيَّةُ فيما بقيَ مِنْ مدَّةِ الإِجارةِ .

والثاني : لا تبطلُ ، بلْ يَسكنُ الموصىٰ لَه سنةً بعدَ ٱنقضاءِ مدَّةِ الإِجارةِ .

واللهُ أَعلمُ

* * *

بابُ الأَوصياءِ[١]

لا تصحُّ الوصيَّةُ إلاَّ إلىٰ بالغٍ عاقلٍ مسلمٍ عدلٍ ، حرٍّ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ تقتضي وِلايةً وأَمانةً ، وذٰلكَ لا يصحُّ إلاَّ مِمَّنْ جمعَ هٰذهِ الشرائطَ .

أَمَّا (الولايةُ) : فلأَنَّ الوصيَّ يلي أَموالَ الأَطفالِ وتفرِقَةَ ثُلثِ الميتِ .

وأَمَّا(الأَمانةُ) : فلأَنَّ المالَ يكونُ عندَهُ .

فإذا ٱختلَّ شرطٌ مِنْ هٰذهِ الشروطِ . . لَم يكنْ مِنْ أَهلِ الوِلايةِ والأَمانةِ . فإنْ أَوصىٰ إلىٰ صبيٍّ أَو مجنونٍ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّه مُولًّىٰ عليهما ، فلا يملكانِ الوِلايةَ علىٰ غيرِهما وهٰذا إجماعٌ .

وإنْ أَوصىٰ إلىٰ مسلمٍ فاسقٍ . . لَم يصحَّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يصحُّ) .

دليلُنا : أَنَّ الوصيَّةَ تقتضي وِلايةً وأَمانةً كما ذكرناهُ ، والفاسقُ ليسَ مِنْ أَهلِ الوِلايةِ والأَمانةِ .

وإنْ وَصَّىٰ مسلِمٌ إلىٰ كافرٍ . . لم تصحَّ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ الفِسقَ ينافي الوصيَّةَ ، فالكفرُ أَولىٰ ، وهوَ إجماعٌ[٢] أَيضاً .

وإنْ وَصَّىٰ كافرٌ إلىٰ كافرٍ : فإنْ كانَ الكافرُ غيرَ رشيدٍ في دِينهِ . . لَم تصحَّ الوصيَّةُ إليهِ ، كالوصيَّةِ إلىٰ المسلِمِ الفاسقِ . وإنْ كانَ الوصيُّ رشيداً في دِينهِ . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) **الأوصياء** ـ جمع وصي ـ : وهو الذي يقوم بالإشراف علىٰ شؤون الأولاد ورد الودائع وقضاء الديون وتنفيذ الوصية المعينة ، والخصومة في حقه ، وقبول الهبة ، وبيع ما يخشىٰ عليه التلف ، وجمع الأموال الضائعة نيابة عن الميت ، وكل ذٰلك بتكليف منه . وللوصي أن يوصي بما أوصىٰ به إليه غيره .

(٢) لأن الوصية من باب الولاية ، ولا ولاية لكافر علىٰ مسلم .

أَحدُهما : يصحُّ ؛ لأنَّه يجوزُ أَنْ يكونَ وليّاً لَهُ ، فجازَ أَنْ يكونَ وَصيّاً له .

والثاني : لا يصحُّ ، كما لا يكونُ شاهداً لَه .

أَمَّا الوصيَّةُ إِلىٰ العبدِ : فٱختلفَ الناسُ فيها علىٰ أَربعةِ مذاهبَ :

فـ[**الأَوّلُ**] : ذهبَ الشافعيُّ إِلىٰ : أَنَّ الوصيَّةَ لا تصحُّ إِليهِ بحالٍ ، سواءٌ أَوصىٰ إِلىٰ عبدِ نفسِهِ أَو إِلىٰ عبدِ غيرِهِ ، بإِذنِ سيِّدِهِ أَو بغيرِ إِذنِهِ ، وسواءٌ كانَ وَرثتُهُ كباراً أَو صغاراً ، أَو بعضُهم كباراً وبعضُهم صغاراً . وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ ، وأَبو ثورٍ .

و[**الثاني**] : ذهبَ مالكٌ : إِلىٰ أَنَّ الوصيَّةَ تصحُّ إِلىٰ عبدهِ وإِلىٰ عبدِ غيرهِ إِذا أَذِنَ له سيِّدُهُ .

و[**الثالثُ**] : ذهبَ الأَوزاعيُّ ، وٱبنُ شبرمةَ إِلىٰ أَنَّه : إِنْ أَوصىٰ إِلىٰ عبدِ نَفْسهِ . . صحَّ . وإِنْ أَوصىٰ إِلىٰ عبدِ غيرهِ . . لَم يصحَّ بحالٍ .

و[**الرابعُ**] : قالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ أَوصىٰ إِلىٰ عبدِ غيرِهِ . . لَم يصحَّ . وإِنْ أَوصىٰ إِلىٰ عبدِ نَفْسهِ . . نَظرتَ : فإِنْ كانَ في وَرثتِهِ كبيرٌ يلي . . لَم يصحَّ . وإِنْ كانوا كلُّهم صغاراً . . صحَّ) .

دليلُنا : أَنَّه مولَّىً عليهِ فلَم تصحَّ الوصيَّةُ إِليهِ ، كالمجنونِ .

قالَ الشافعيُّ : (ولا تصحُّ الوصيَّةُ إِلىٰ المدبَّرِ ، ولا إِلىٰ المكاتَبِ ، وأُمِّ الولدِ ، والمعتَقِ بصفةٍ ، ولا إِلىٰ المعتَقِ بعضُهُ ؛ لأَنَّ بَعضَ الرِّقِّ حاصلٌ فيهِم ، فهُم بمنزلةِ العبدِ) .

فرعٌ : [وصاية المرأة] :

وإِذا جمعتِ المرأَةُ الشرائطَ الخمسَ . . جازتِ الوصيَّةُ[1] إِليها ، **وهوَ قولُ كافَّةِ العلماءِ إِلاَّ عطاءَ** ، فإِنَّه قالَ : لا يجوزُ .

---

(١) في (م) : (جاز أن يوصي) .

دليلُنا : ما رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ لهندٍ : « خُذِيْ مَا يَكْفِيْكِ وَوَلَدَكِ بِٱلْمَعْرُوْفِ »[١] .

فجوَّزَ لَها أَنْ تُنفِقَ علىٰ أَولادِها الصغارِ .

ورويَ : (أَنَّ عُمرَ أَوصىٰ إِلىٰ ٱبنتِهِ حفصةَ)[٢] ، ولا مخالفَ لَه .

وإِنْ جَمعَ الأَعمىٰ الشرائطَ الخمسَ . . فهلْ تصحُّ الوصيَّةُ إِليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تصحُّ ؛ لأَنَّه مِنْ أَهلِ الشهادةِ .

والثاني : لا تصحُّ ؛ لأَنَّ الوصيَّ يُرادُ لِلنَّظرِ ، والأَعمىٰ لا يصلحُ لِلنَّظرِ .

مسأَلَةٌ : [شرائط الوصي تعتبر عند الموت] :

ومتىٰ يُعتبَرُ وُجودُ الشرائطِ الخمسِ في الوصيِّ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

[أَحدُها] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يُعتبرُ وُجودُها عندَ موتِ الموصي دونَ ما قَبْلَهُ ؛ لأَنَّ الوصيَّ إِنَّما يستحقُّ النظرَ في تلكَ الحالِ دونَ ما قَبْلَهُ ، فٱعتُبِرَ حالُهُ فيهِ كما يُعتبرُ كونُ الشخصِ وَارِثاً عندَ موتِ المُورِّثِ دونَ ما قَبْلَهُ .

---

(١) أخرجه عن الصديقة عائشة الشافعي في « ترتيب المسند » ٢/(٢١٠) و(٢١١) ، والبخاري (٢٢١١) في البيوع ، ومسلم (١٧١٤) (٧) في الأقضية ، وأبو داود (٣٥٣٢) في البيوع والإجارة ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٥٤٢٠) في آداب القضاء ، وابن ماجه (٢٢٩٣) في التجارات ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦١٣) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (١٠٢٥) في الأحكام ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/١٤١) و(٧/ ٤٧٧) في النفقات .

(٢) أخرجه عن يحيىٰ بن سعيد ، عن عبد الحميد بن عبد الله أبو داود (٢٨٧٩) في الوصايا : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، وأورد أيضاً وصية أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه وأرضاه عبد الرزاق في « المصنف » (١٩٤١٧) . وأخرجه كأبي داود البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٦٠) في الوقف ، وفيه : (إن حدث به حدث أن ثغناً وصرمة ابن الأكوع صدقة والعبد الذي فيه ، ومئة السهم الذي بخيبر ورقيقه الذي فيه ، والمئة التي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذوو الرأي من أهلها لا يباع ولا يشترىٰ ، ينفقه حيث رأىٰ . . .) .

و[**الثاني**] : منهُم مَنْ قالَ : يُعتبرُ وُجودُ الشرائطِ في الوصيِّ عندَ عقدِ الوصيَّةِ ، وعندَ موتِ الموصي دونَ ما بينَهُما ؛ لأنَّ وقتَ الوصيَّةِ حالُ الإيجابِ ، ووَقتَ الموتِ حالُ القَبُولِ .

و[**الثالثُ**] : منهُم مَنْ قالَ : تُعتبرُ وُجودُ الشرائطِ في الوصيِّ مِنْ حينِ الوصيَّةِ إلىٰ أَنْ يموتَ الموصي ؛ لأنَّ كلَّ وقتٍ مِنْ ذٰلك يجوزُ أَنْ يموتَ فيهِ الموصي فيستحقَّ الوصيُّ فيهِ النظرَ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **والأَوَّلُ أَصحُّ** . قيلَ لَه : فكيفَ يكونُ الأَوَّلُ أَصحَّ وقدْ قالَ الشافعيُّ : (لا تصحُّ الوصيَّةُ إِلىٰ المدبَّرِ ، ولا إِلىٰ أُمِّ الولدِ) ، وكلُّ واحدٍ منهُما يَعتقُ بوفاتهِ فتكمل فيه الشرائط ؟ فقالَ : يُحملُ قولُه هـٰذا علىٰ أَنّه أَرادَ : مدبَّرَ غيرِهِ ، وأُمَّ وَلدِ غيرِهِ .

فإِنْ أَوصىٰ إِلىٰ مَنْ جمعَ الشرائِطَ ، ثمَّ تغيَّرتْ حالُ الوصيِّ بعدَ موتِ الموصي ، فإِنْ تغيَّرَ لِضعفٍ عَنِ الحسابِ أَوِ الحفظِ . . لَم ينعزلْ بذٰلكَ ، بلْ يَضمُّ إِليهِ الحاكمُ أَميناً يُعاونُهُ ؛ لأَنَّ الضعفَ لا يُنافي الوِلايةَ ، بدليلِ : أَنَّ الأَبَ والجدَّ يليانِ مالَ وَلدِهما وإِنْ كانَ فيهما ضعفٌ .

ولَو كانَ الحاكمُ هوَ الذي نصَّبَ الأَمينَ فَضَعُفَ . . فلَهُ عَزلُهُ ؛ لأَنَّه نَصَّبَهُ .

وإِنْ فَسَقَ الوصيُّ أَو جُنَّ . . انعزلَ عَنِ الوصيَّةِ ؛ لأَنَّ الفِسقَ والجنونَ ينافيانِ الوِلايةَ ، بدليلِ : أَنَّ الأَبَ والجدَّ والحاكمَ إِذا فَسَقَ واحدٌ منهُم أَو جُنَّ . . بَطلَتْ ولايتُهُ .

مسأَلةٌ : [الوصية إلى اثنين] :

فإِذا أَوصىٰ إِلىٰ اثنينِ . . صحَّ ، كالوَكالةِ . فإِنْ وَصَّىٰ إِليهِما ، وإِلىٰ كلِّ واحدٍ منهُما ، مثلُ أَنْ يقولَ : أَوصيتُ إِليكُما ، وإِلىٰ كلِّ واحدٍ منكُما ، أَو لكلِّ واحدٍ منكُما أَنْ يتصرَّفَ علىٰ الانفرادِ . . صحَّ . فإِنِ اجتمعا علىٰ التصرُّفِ . . صحَّ . وإِنِ انفردَ أَحدُهما بالتصرُّفِ . . صحَّ أَيضاً ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما كالوصيِّ المنفردِ .

وإنْ ماتَ أحدُهما أو فَسَقَ أو جُنَّ . . لَم يضمَّ الحاكمُ إلىٰ الآخرِ غيرَهُ ؛ لأنَّ الموصيَ رضيَ بنظرِ كلِّ واحدٍ منهُما .

وإنْ قالَ : أوصيتُ إليكُما علىٰ أنْ لا يَنفردَ أحدُكما بالنظرِ والتصرُّفِ . . لَمْ يَجُزْ لأحدِهما أنْ يَنفردَ بالتصرُّفِ ؛ لأنَّ الموصيَ لَم يرضَ بنظرِهِ وَحدَهُ . فإنِ اجتمعا علىٰ التصرُّفِ . . صحَّ . وإنِ انفردَ أحدُهما بالتصرُّفِ . . نظرتَ : فإنْ كانَ في ردِّ وَديعةٍ أو مغصوبٍ . . وَقعَ موقعَهُ ؛ لأنَّ للمودِعِ[1] والمغصوبِ أنْ يأخُذَ مالَه بغيرِ وَاسطةٍ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤٣٩] : وهٰكذا لَو كانَ ما انفردَ بهِ قضاءَ[2] دينٍ مِنْ جِنسِهِ ، أو وَصيَّةً بشيءٍ معيَّنٍ . . فلا ضمانَ علىٰ المنفردِ بذٰلكَ منهُما . وإنْ كانَ ما انفردَ بهِ ممَّا يَفتقرُ إلىٰ الاجتهادِ ، كتفرقةِ الثُّلثِ علىٰ الفقراءِ وما أشبهَهُ . . لَم يصحَّ ، وكانَ علىٰ المنفردِ بذٰلكَ الضمانُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يَفتقرُ إلىٰ الاجتهادِ ، ولَم يرضَ الموصي باجتهادِهِ وَحدَهُ .

فإنْ قالَ : أوصيتُ إليكُما في كذا وأطلقَ ، ولَم يأذنْ لِكلِّ واحدٍ منهُما في التصرُّفِ علىٰ الانفرادِ ولا منعَ كلَّ واحدٍ منهُما عَنِ التصرُّفِ علىٰ الانفرادِ . . فحكمُهُ عندنا حكمُ ما لَو مَنعَ كلَّ واحدٍ منهُما عَنِ التصرُّفِ علىٰ الانفرادِ .

وقالَ أبو يوسفَ : لكلِّ واحدٍ منهُما أنْ ينفردَ بالتصرُّفِ .

---

(١) في (م) : (لصاحب الوديعة) .

(٢) في حاشية نسخة : (هل يجوز للوصي أن يعفي ما لم يثبت عند الحاكم ؟ قال الفقيه أحمد بن موسىٰ : لا يجوز للوصي أن يعفي شيئاً من الدين إلا إن كان يعلم يقيناً بثبوته أو بإثبات الحاكم أو نائب له .

ولا تخلو صورة قضاء الدين من نظر من حيثُ أنَّ الدين في أصله غير مُتعيّن من أعيان التركة ، والوارث قائم مقام المورِّث ، ولو كان المورث حاكماً تعيَّن عليه أن يعطيه من ذٰلك بعينه بل له أن يعطيه من حيث يشاء ، لا سيما إذا كان من التركة من ذٰلك الجنس أثر من حقه ، فلا خفاء بأن للوارث أن يعطيه قدر حقه مما شاء من ذٰلك . وما يسلمه الموصي في معينين أولىٰ مما بقي . وإذا كان الأمر كذٰلك . . فلا يحصل التعيين فيه إلا ممن يملك التعيين ، بخلاف الأشياء المتعينة في الأصل ، كالودائع والغصوب) .

وقالَ أَبو حنيفةَ ومحمَّدٌ : (إِنِ اجتمعا علىٰ التصرُّفِ . . صحَّ . وإِنِ انفردَ أَحدُهما في التصرُّفِ . . لَم يصحَّ إِلاَّ في ستَّةِ أَشياءَ : [الأَوَّلُ] : في شراءِ كفنِ الموصي ، و[الثاني] : تفرقةِ ثُلثِهِ ، و[الثالثُ] : قضاءِ ديونِهِ ، و[الرابعُ] : ردِّ الودائعِ ، و[الخامسُ] : الغُصوبِ ، و[السادسُ] : إِطعامِ اليتيمِ وكسوتِهِ . فأَمَّا ما عدا ذٰلكَ مِنْ شراءِ العقارِ لِليتيمِ وسائرِ العقودِ . . فلا يصحُّ) .

دليلُنا : أَنَّه مشتركٌ بينهُما ، فلَم يكنْ لأَحدِهما أَنْ ينفردَ بهِ ، كما لَو وَكَّلَ وكيلينِ في شراءِ شيءٍ أَو بيعِهِ ، ولأَنَّ الجهةَ التي مَلكَ بها الوصيُّ النظرَ في الستَّةِ الأَشياءِ هيَ الجهةُ التي مَلكَ بها النظرَ في غيرِها ، فإِذا لَم يملِكِ النظرَ فيما عدا الستَّةِ الأَشياءِ . . لَم يملكِ النظرَ في الأَشياءِ الستَّةِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنِ اجتمعَ الوصيَّانِ معاً علىٰ التصرُّفِ . . جازَ . وإِنْ تشاحَّا ، فقالَ كلُّ واحدٍ منهُما : أَنا أَنظرُ أَو أَفعلُ ، أَو قالَ : لا أَفعلُ أَنا . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وُقِفَ الأَمرُ ليتَّفقا ما لَم يطلْ تشاحُّهما فإِنْ طالَ . . أَقامَ الحاكمُ عَدلينِ لِينظُرا ؛ لأَنَّ هٰذا موضعُ ضرورةٍ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤٤٠] : فإِذا استنابَ أَحدُهما آخرَ عَنْ نَفْسِهِ لِيتصرَّفَ معَ الاخرِ . . جازَ ؛ لأَنَّ رأَيَ الاثنينِ حاصلٌ(١) .

فإِنْ ماتَ أَحدُهما ، أَو فَسَقَ ، أَو جنَّ . . لَم يكنْ للآخَرِ أَنْ ينفردَ بالتصرُّفِ ؛ لأَنَّ الموصيَ لَم يرضَ بنظرِهِ وَحدَهُ ، بلْ يرفعُ الأَمرَ إِلىٰ الحاكمِ ليقيْمَ آخَرَ معَ الباقي منهُما .

فإِنْ أَرادَ الحاكمُ أَنْ يفوِّضَ النظرَ إِلىٰ الباقي منهُما ، أَو ماتا ، أَو فَسَقَا فأَرادَ الحاكمُ تفويضَ النظرِ إِلىٰ عدلٍ واحدٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ؛ لأَنَّ النظرَ قدْ صارَ إِلىٰ الحاكمِ ، فجازَ أَنْ يكونَ الباقي أَميناً مِنْ قِبَلِ الحاكمِ ووَصيّاً مِنَ الموصي .

والثاني : لا يصحُّ ؛ لأَنَّ الموصيَ لَم يرضَ إِلا بنظرِ اثنينِ .

---

(١) في حاشية نسخة : (إلا أن يكون في موضع يجوز للموصي المنفرد أن يستنيب فيه) .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنَّ الشافعيَّ قالَ : (إذا ٱختلفا . . قُسِّمَ بينَهُما ما كانَ يَنقَسِم ، وجُعِلَ في أَيديهِما نصفينِ ، وأُمرا بالاحتفاظِ بما لَم ينقَسِمْ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في تأْويلِ هٰذا :

فقالَ أَبو إِسحاقَ : إِنَّما عَطفَ الشافعيُّ بهٰذا علىٰ الأُولىٰ ، وهيَ : إِذا أَوصىٰ إِليهِما وإِلىٰ كلِّ واحدٍ منهُما ، فٱختلفا في النظرِ والتصرُّفِ ، فقال كلُّ واحدٍ منهُما : أَنا أَنظرُ وَحدي ، فإِنْ كانَ الشيءُ مِمَّا ينقَسِمُ . . قُسِّمَ بينَهُما ودُفِعَ إِلىٰ كلِّ واحدٍ منهُما نصفُهُ لينظرَ فيهِ ويتصرَّفَ بهِ ؛ لأَنَّه ليسَ أَحدُهما بأَولىٰ مِنَ الآخَرِ .

قالَ : ولا يُقسَمُ بينهُما كقسمةِ الأَملاكِ ولٰكنْ علىٰ جهةِ التقريبِ والتعديلِ ، بأَنْ يقوَّمَ ويُدفعَ إِلىٰ كلِّ واحدٍ منهُما شيءٌ بقيمتِهِ ؛ لأَنَّه ليسَ بإِقرارِ مِلكٍ وإِنَّما هوَ للنظرِ . فأَمّا إِذا أَوصىٰ إِليهِما معاً أَو أَوصىٰ إِليهِما وأَطلقَ . . فلا يُقسَّمُ بينَهُما ؛ لأَنَّ الموصيَ لَم يرضَ أَحدَهما ، ولٰكنَّهما يجتمعانِ علىٰ النظرِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : هٰذهِ المسأَلةُ معطوفةٌ علىٰ ما[1] إِذا أَوصىٰ إِليهِما معاً ومَنعَ أَحدَهما عَنِ الانفرادِ في التصرُّفِ ، أَو وصَّىٰ إِليهِما وأَطلقَ ، وتشاحّا في الحفظِ لا في النَّظرِ ، فقالَ كلُّ واحدٍ منهُما : أَنا أَحفظُهُ إِلىٰ وقتِ النَّظرِ ، فإِنْ كانَ بحيثُ لا يَنقَسِمُ . . كانَ تحتَ أَيديهِما معاً . وإِنْ كانَ ممَّا يَنقَسِمُ . . قُسِّمَ بينهُمانصفينِ ؛ لأَنَّه يَتعذَّرُ ٱجتماعُهما علىٰ حفظِهِ . وهٰذا ٱختيارُ الشيخِ أَبي إِسحاقَ والمسعوديِّ [في « الإبانة » ق/ ٤٤٠] .

فرعٌ : [توقيت مدَّة الوصاية] :

إِذا أَوصىٰ إِليهِ في شيءٍ مدَّةً . . لَم يَصرْ وَصيّاً بعدَ ٱنقضاءِ المدَّةِ .

وإِنْ وَصَّىٰ إِليهِ في جهةٍ مِنَ التصرُّفِ . . لَم يَصرْ بها وَصيّاً لَه في غيرِها مِنَ الجهاتِ . وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ومحمَّدٌ .

---

(١) في (م) : (عليه) .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِذا أَوصىٰ إِليهِ في جهةٍ . . كانَ وَصيّاً فيها وفي غيرِها مِنَ الجهاتِ ، مثلُ أَنْ يوصيَ إِليهِ في تفرقةِ ثُلثِهِ ، فإِنَّه يكونُ وَصيّاً في ذٰلكَ وفي قضاءِ دُيونِهِ وردِّ وَدائعِهِ ، وكذٰلكَ إِذا أَوصىٰ إِليهِ في نفقةِ أَولادِهِ الصغارِ . . صارَ وَصيّاً بالنَّفقةِ عليهِم ، وبحفظِ أَموالِهِم ، والعقدِ عليها وغيرِ ذٰلكَ) .

دليلُنا : أَنَّه يَنظرُ بتوَلِّيهِ ، فلَم يجاوزْ نظرُهُ إِلىٰ غيرِ ما وُلِّيَ فيهِ ، كالوكيلِ ، وعكسُهُ الأَبُ والجدُّ .

مسأَلةٌ : [توكيل الوصي] :

إِذا أَوصىٰ إِليهِ بشيءٍ . . فللوصيِّ أَنْ يوكِّلَ غيرَهُ في كلِّ ما لَم تَجرِ العادةُ أَنْ يتولاهُ بنَفْسِهِ ، كما قُلنا في الوكيلِ .

وإِنْ وَصّىٰ إِليهِ بشيءٍ يَقْدِرُ عليهِ بنَفْسِهِ . . فهلْ لَه أَنْ يوكِّلَ غيرَهُ فيهِ ؟ حكىٰ الشيخُ أَبو حامدٍ فيهِ وَجهينِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ ، كما قُلنا في الوكيلِ .

والثاني : يجوزُ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّ تصرُّفَ الوصيِّ بولايةٍ ؛ لأَنَّه يتصرَّفُ فيما لَم ينصَّ لَه عليهِ ، فجازَ لَه التوكيلُ فيما يَقْدِرُ عليهِ ، كالأَبِ والجدِّ والحاكمِ ، بخلافِ الوكيلِ .

فرعٌ : [عدم الإذن للوصي بأن يوصي] :

وإِنْ أَوصىٰ إِلىٰ رجلٍ ولَم يأْذنْ الموصي لِلوصيِّ أَنْ يوصيَ . . فللوصيِّ أَنْ يتصرَّفَ ما عاشَ ، وليسَ لَه أَنْ يوصيَ إِلىٰ غيرِهِ بهِ . وبهِ قالَ الأَوزاعيُّ وأَحمدُ وإِسحاقُ .

وقالَ الثوريُّ ، ومالكٌ ، وأَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ : (للوصيِّ أَنْ يوصيَ) .

دليلُنا : أَنَّه يَنظرُ بتوَلِّيهِ ، فلَم يملكِ الإِيصاءَ ، كالوكيلِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الأَبِ والجدِّ .

وإِنْ قالَ : أَوصيتُ إِليكَ ، فإِنْ حَدثَ بكَ حادثٌ مِنْ فِسقٍ ، أَو جنونٍ ، أَو موتٍ

فقدْ أَوصيتُ إِلىٰ فلانٍ . . صحَّ ؛ لمَا رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ بعثَ جيشاً وقالَ : « أَمِيْرُكُمْ فُلانٌ ، فَإِنْ أُصِيْبَ . . فَفلانٌ ، فَإِنْ أُصِيْبَ . . فَفُلانٌ »[1] .

وإِذا ثبتَ ذٰلكَ في الولايةِ . . ثبتَ في الوصيَّةِ .

ورويَ : (أَنَّ عُمَرَ رضيَ اللهُ عنهُ أوصىٰ إِلىٰ ٱبنتهِ حفصةَ ، فإِذا ماتتْ . . فإِلىٰ ذوي الرأْيِ مِنْ أَهلِها) .

و : (أَوصَتْ فاطمةُ إِلىٰ عليٍّ رضيَ اللهُ عنهُما ، فإِذا ماتَ . . فإِلىٰ ٱبنيهِما عليهِما السلامُ)[2] .

وإِنْ أَوصىٰ إِلىٰ رجلٍ وأَذِنَ للوصيِّ أَنْ يوصيَ عَنِ الموصي . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : صحَّ ذٰلكَ قولاً واحداً .

وإِنْ وَصَّىٰ إِليهِ أَنْ يوصيَ عَنْ نَفْسِهِ . . ففيهِ قولانِ .

وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَنَّه إِذا قالَ : أَوصيتُ إِليكَ ، أَو أَذِنتُ لكَ إِنْ حدثَ بكَ موتٌ أَنْ توصيَ إِلىٰ مَنْ شئتَ ، أَو قالَ : إِنْ حدثَ بكَ موتٌ فمَنْ أَوصيتَ إِليهِ فهوَ وَصيِّي ، أَو قالَ : مَنْ أَوصيتَ إِليهِ فقدْ أَوصيتُ إِليهِ . . فالحكمُ في الجميعِ واحدٌ .

قالَ الشافعيُّ في موضعٍ : (يجوزُ) ، وقالَ في موضعٍ آخَرَ : (لا يجوزُ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ : فمنهُم مَنْ قالَ : يجوزُ ذٰلكَ قولاً واحداً ، وهوَ ٱختيارُ أَبي إِسحاقَ المروزيِّ ؛ لأَنَّ الموصيَ يملِكُ التصرُّفَ بنَفْسِهِ ، ويملِكُ أَنْ يُملِّكَ غيرَهُ التصرُّفَ بعدَ موتِهِ وهوَ الوصيُّ ، فلمّا كانَ للموصي أَنْ يُملِّكَ غيرَهُ التصرُّفَ . . مَلكَ أَنْ يُملِّكَ غيرَهُ التوليةَ ؛ لأَنَّ الوصيَّةَ آكدُ مِنَ الوكالةِ ، فلمّا كانَ للوكيلِ أَنْ يوكِّلَ بإِذنِ

---

(١) أخرجه عن ابن عمر البخاري (٤٢٦١) في المغازي وفيه : « إن قتل زيد . . فجعفر ، وإن قتل جعفر . . فعبد الله بن رواحة » . قال الحافظ في « الفتح » (٧/ ٥٨٤) : وفي حديث عبد الله بن جعفر عند أحمد والنسائي بإسناد صحيح : « إن قتل زيد . . فأميركم جعفر » وروىٰ أحمد والنسائي وصححه ابن حبان من حديث أبي قتادة . . . وقال : « عليكم زيد بن حارثة ، فإن أصيب زيد . . فجعفر » فذكر الحديث .

(٢) أورده الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ١١١) في الوصايا وقال : لم أره .

الموكِّلِ . . كانَ للوصي أَنْ يوصيَ إِلىٰ غيرِهِ بإِذنِ الموصي .

ومنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي حامدٍ :

أَحدُهما : يجوزُ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ والثوريُّ ؛ لما ذكرناهُ .

والثاني : لا يجوزُ . وٱختارَهُ الشيخُ أَبو حامدٍ ؛ لأَنَّ الوصيَّ يَعقِدُ الوصيَّةَ عَنِ الميتِ بإِذنهِ ولا إِذنَ للميتِ ـ في حالٍ لا ولايةَ للميتِ ـ لأَنَّه ليسَ مِنْ أَهلِ الولايةِ ، فلَم يصحَّ .

وإِنْ قالَ : أَوصيتُ إِليكَ ، فإِنْ حَدثَ بكَ حادثٌ ، فأَوصِ إِلىٰ فلانٍ ، فإِنْ قُلنا في التي قَبْلَها : يصحُّ قولاً واحداً . . فهاهُنا أَولىٰ أَنْ يصحَّ .

وإِنْ قُلنا في التي قَبْلَها : إِنَّها علىٰ قولينِ . . ففي هٰذهِ طريقانِ :

أَحدُهما : أَنَّها علىٰ قولينِ ؛ لأَنّا إِنَّما مَنعْنا الوصيَّةَ ؛ لأَنَّ الوصيَّ يعقدُ الوصيَّةَ لآخَرَ عَنْ إِذنِ مَنْ لا إِذنَ لَه في حالِ العقدِ ، وهٰذا المعنىٰ موجودٌ هاهُنا .

ومنهُم مَنْ قالَ : يصحُّ هاهُنا قولاً واحداً ؛ لأَنَّ الموصيَ قطعَ ٱجتهادَهُ بالتعيينِ[1] .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

فرعٌ : [يشترط قبول الوصي] :

وإِذا أَوصىٰ إِليهِ . . لَم يملِكِ الوصيُّ التصرُّفَ إِلاّ بالقَبُولِ ، كما لَو وَصَّىٰ لَه . فإِنْ قَبِلَ بعدَ موتِ الموصي . . صحَّ ، كالوصيَّةِ لَه . وإِنْ قَبِلَ قَبْلَ موتِ الموصي . . فهلْ يصحُّ قَبُولُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ ، كالوصيَّةِ لَه .

والثاني : يصحُّ ؛ لأَنَّه إِذنٌ في التصرُّفِ فجازَ القَبُولُ فيهِ بعدَ الإِيجابِ ، كالوكالةِ .

فإِذا قُلنا بهٰذا : فللوصيِّ أَنْ يَعزِلَ نَفْسَهُ في حياةِ الموصي . فإِذا عَزلَ نَفْسَهُ . . ٱنعزلَ ولَم تَعدِ الوصيَّةُ إِليهِ إِلاّ بوصيَّةٍ أُخرىٰ ، وسواءٌ عَزلَ نَفْسَهُ بحضرةِ الموصي أَو بغيبتِهِ .

---

(١) في (م) : (باليقين) .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إذا عزلَ نفْسَهُ في حياةِ الموصي . . لَم يَنعزلْ حتَّىٰ يَردَّهُ في وَجهِهِ) يعني : بحضرتِهِ .

دليلُنا : أنَّه قَطعُ عقدٍ لا يَفتقرُ إِلىٰ رضاهُ ، فلَم يَفتقرْ إِلىٰ حضورِهِ ، كالوكالةِ والطلاقِ .

وإِنْ قُلنا : لا يصحُّ قَبُولُهُ إلاّ بعدَ موتِ الموصي . . فلا حكمَ بعزلِهِ نَفْسَهُ في حياةِ الموصي . فإِنْ قَبِلَ الوصيَّةَ بعدَ موتِ الموصي ثمَّ عزلَ نفْسَهُ . . ٱنعزلَ ورُفعَ الأَمرُ إِلىٰ الحاكمِ ؛ ليقيمَ غيرَهُ مقامَهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِذا ماتَ الموصي وقَبِلَ الوصيُّ الوصيَّةَ . . لزمتِ الوصيَّةُ إِليهِ ، فلا يملِكُ عَزلَ نَفسِهِ ، ولا يَملِكُ الحاكمُ عزَلهُ إلاَّ بأنْ يَعجزَ أَو يُقرَّ بالعجزِ ، فيقيمُ الحاكمُ مقامَهُ) .

دليلُنا : أَنَّه ينظرُ بتولِّيهِ ، فملَكَ عَزلَ نَفْسِهِ كالوكيلِ . وللموصي أَنْ يعزلَ الوصيَّ ؛ لأَنَّه أَذِنَ لَه في التصرُّفِ ، فجازَ لَه عزلُهُ ، كالموكِّلِ .

مسأَلةٌ : [ما يقوم به الوصي] :

قالَ الشافعيُّ : (ويُخرِجُ الوصيُّ مِنْ مالِ اليتيمِ كلَّ ما لزمَهُ مِنْ زكاةِ مالِهِ وجنايَتِهِ وما لا غنىٰ بهِ عنهُ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ الوصيَّ يُخرِجُ مِنْ مالِ الصغيرِ زكاةَ مالِهِ ، وزكاةَ فطرِهِ ، ومَماليكِهِ ؛ لمَا رويَ عَنْ عليٍّ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّه كانَ في يدِهِ مالٌ ليتيمٍ ، فلمّا بلغَ . . ردَّهُ إِليهِ ، فوجدَهُ ناقصاً ، فسأَلَهُ عَنْ ذٰلكَ ، فقالَ : ٱحسبوا قَدْرَ الزكاةِ ، فحسبوا ، فإِذا هوَ قَدْرُ النقصانِ ، فقالَ عليٌّ : (أَفتَراني أَلي مالاً لا أُخرجُ الزكاةَ منهُ)[1]، ولأَنَّ ذٰلكَ حقٌّ واجبٌ ، فكانَ علىٰ الوليِّ إِخراجُهُ .

---

(١) أخرج خبر عليٍّ المرتضىٰ عن عبيد الله بن أبي رافع عبد الرزاق في « المصنف » (٦٩٨٦) في الزكاة ، باب : صدقة مال اليتيم ، ونحوه عند أبي عبيد في « الأموال » (١٣٠٥) و(١٣٠٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٤/ ١٠٧) و(٦/ ٢٨٥) في الوصايا .

وإِنْ قتلَ الصغيرُ آدمياً عَمْداً أَو خطأً . . وَجبَ عليهِ الكفّارةُ ، وأَخرجَها الوليُّ مِنْ مالِهِ ، ويُخرِجُ عنهُ ما وَجبَ عليهِ بأَرشِ الجنايةِ وإِتلافِ المالِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ واجبٌ عليهِ ، فهوَ كالزكاةِ . وإِنَّما يُخرِجُ الوليُّ الأَرشَ وبدلَ المتلَفِ مِنْ مالِهِ إِذا قامتِ البيِّنةُ علىٰ إِتلافِهِ . فأَمّا بإِقرارِهِ . . فلا يُتصوَّرُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّه غيرُ مكلَّفٍ ، فلا حُكمَ لإِقرارِهِ .

وإِنْ أَقرَّ الوصيُّ عليهِ . . لَم يُلتفَتْ إِلىٰ إِقرارِهِ ؛ لأَنَّه أَقرَّ عليهِ بما فيهِ ضررٌ عليهِ ، فلَم يُقبَلْ ، وينفقُ عليهِ الوصيُّ ويكسوهُ بالمعروفِ ؛ لأَنَّ مالَهُ مُرْصَدٌ لمَصالحِهِ ، ونَفقتُهُ وكسوتُهُ منْها . فإِنْ أَنفقَ عليهِ أَو كساهُ أَكثرَ مِنَ المعروفِ . . لزمَ الوصيَّ ضمانُ الزيادةِ ؛ لأَنَّه مفرِّطٌ فيها .

فإِنْ بلغَ الصبيُّ رشيداً . . سُلِّمَ إِليهِ مالُهُ .

وإِنِ ٱختلفَ هوَ والوصيُّ في قَدرِ ما أَنفقَ عليهِ الوصيُّ ، فإِنْ كانَ ما يدَّعيهِ الوصيُّ أَكثرَ مِنَ النفقةِ بالمعروفِ . . لزمَ الوصيَّ ضمانُ الزيادةِ . وإِنْ كانَ ما يدَّعيهِ النفقةَ بالمعروفِ . . فالقولُ قولُ الوصيِّ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّه أَمينٌ فقُبِلَ قولُهُ فيهِ .

وإِنِ ٱختلفا في قَدرِ مدَّةِ الإِنفاقِ عليهِ ، بأَنْ قالَ الوصيُّ : ماتَ أَبوكَ مِنْ عشرِ سنينَ وأَنفقتُ عليكَ فيها ، وقالَ : بلْ ماتَ أَبي مِنْ ثماني سنينَ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أَبي سعيدٍ الإِصطخريِّ ـ : أَنَّ القولَ قولُ الوصيِّ ، كما لوِ ٱختلفا في قَدْرِ النفقةِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَكثرِ أَصحابِنا ، ولَم يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ ـ : أَنَّ القولَ قولُ الموصىٰ عليهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ حياةُ الأَبِ ، ويمكنُ الوصيَّ إِقامةُ البيِّنةِ علىٰ ذٰلكَ بخلافِ قَدْرِ النفقةِ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ الوصيُّ أَنَّه دَفعَ إِليهِ مالَهُ بعدَ البلوغِ وأَنكرَ الموصىٰ عليهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أَنَّ القولَ قولُ الموصىٰ عليهِ ؛ لأَنَّه لَم يأتمنْهُ علىٰ المالِ ، فلَم يُقبَلْ قولُهُ عليهِ ، كالمودَعِ إِذا ٱدَّعىٰ دفعَ الوديعةِ إِلىٰ وارثِ المودِعِ ، والملتقِطِ إِذا ٱدَّعىٰ دَفعَ اللُّقطةِ إِلىٰ مالِكِها) .

والثاني : أَنَّ القولَ قولُ الوصيِّ ، كما قُلنا في النفقةِ .

وإِنْ بلغَ الصبيُّ غيرَ رشيدٍ . . ٱستديمَ عليهِ الحَجْرُ ولَم يُسلَّمْ إِليهِ مالُهُ ، بلْ يُنفقُ عليهِ ويكسوهُ ويخرجُ ما وَجبَ عليهِ مِنْ مالِهِ كما كانَ قَبْلَ البلوغِ .

قالَ الشافعيُّ : (فإِنْ كانَ متلِفاً يُبذِّرُ ما يُعطىٰ مِنْ نفقةِ أُسبوعٍ . . أَعطاهُ نفقةَ يومٍ فيومٍ . وإِنْ كانَ يتلِفُ ما يُعطيهِ مِنْ نفقةِ يومٍ . . فإِنَّ الوصيَّ يجلسُهُ[1] عندَهُ ويحضرُ الطعامَ ويأكلُهُ وهو بينَ يديهِ) .

فإِنْ كانَ يَخرِقُ الثيابَ ، أَو كانَ مجنوناً كثيرَ الخَرَقِ[2] . . قالَ الشافعيُّ : (قرَّعَهُ[3] الوليُّ وهدَّدَهُ فإِنْ تهيَّبَ وٱرتدعَ وإِلاَّ . . فإِنَّ الوليَّ يُجلسُهُ في البيتِ عُرياناً بمئزرٍ يَسترُ عورتَهُ ويصلِّي فيهِ ، فإِذا أَخرجَهُ إِلىٰ الناسِ . كَساهُ ، فإِذا ردَّهُ . . نزعَ عنهُ ذٰلكَ) .

وإِنِ ٱحتاجَ إِلىٰ خادمٍ ، ومِثلُهُ يُخدَمُ . . قالَ الشافعيُّ : (ٱشترىٰ لَه خادماً) .

وأَمَّا إِنكاحُهُ : فإِنْ لَم يكنْ مُحتاجاً إِليهِ . . لَم يزوِّجْهُ ؛ لأَنَّه لا حاجةَ بهِ إِليهِ ؛ لأَنَّه يلزمُهُ المهرُ ، والنفقةُ ، والكسوةُ . وإِنِ ٱحتاجَ إِلىٰ النكاحِ . . زوَّجَهُ الوصيُّ[4] ؛ لِئلاَّ يُقدِمَ علىٰ ٱلزنا ، فيكونُ فيهِ رجمُهُ أَو حدُّهُ . وصيانةُ نَفسِهِ أَولىٰ مِنْ صيانةِ مالِهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ولا يزيدُ علىٰ واحدةٍ ؛ لأَنَّ الكِفايةَ تقعُ بها ، بخلافِ الأَبِ والجدِّ ، فإِنَّه يجوزُ أَنْ يزوِّجَ الصغيرَ بأَربعٍ ؛ لأَنَّه غيرُ متَّهمٍ في ذٰلكَ .

مسأَلَةٌ : [ما يلحق الميِّت بعد الوفاة] :

قالَ الشافعيُّ في « الإِملاءِ » : (يَلحقُ الميتَ مِنْ فعلِ غيرِهِ وعَملِهِ حجٌّ يؤدَّىٰ عنهُ ، أَو مالٌ يُتصدَّقُ بهِ ، أَو دَينٌ يُقضىٰ ، أَو دعاءٌ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّه إِذا ماتَ وعليهِ حجُّ فرضٍ إِمَّا حَجَّةُ الإِسلامِ ، أَوِ القضاءُ أَوِ

---

(١) في (م) : (يحبسه) .

(٢) **الخَرق** : الحمق ، يقال خَرُق خُرْقاً : حَمُق ، و ـ الشيء ـ : جهله ولم يحسن عمله .

(٣) **قرَّعه** : لامه وعاتبه وأنبه .

(٤) في (م) : (الولي) .

النذرُ ، فإنْ كانَ لَه مالٌ . . وَجبَ قضاؤُهُ مِنْ مالِهِ . وإنْ لَم يكنْ لَه مالٌ ففعلَهُ الوارثُ أَوِ الأَجنبيُّ عنهُ . . صحَّ ؛ لمَا رويَ : أَنَّ ٱمرأَةً مِنْ خَثْعَمٍ ٱستأذنتِ النبيَّ ﷺ في الحجِّ عَنْ أَبيها فأَذِنَ لَها ، قالتْ : أَينفعُهُ ذٰلكَ ؟ قالَ : « نعمْ كما لَو كانَ علىٰ أَبيكِ دَينٌ . . فَقَضيتِهِ ، نفعَهُ » .

وإنْ لَم يكنْ عليهِ حجُّ فرضٍ ، فأَرادَ إِنسانٌ أَنْ يتطوَّعَ بالحجِّ عنهُ بغيرِ إِذنهِ . . لَم يَجُزْ ، ولَم يلحقْهُ ثوابُهُ ؛ لأَنَّ تطوُّعَهُ لا يلحقُ غيرَهُ . وإِنْ أَوصىٰ بهِ . . فيهِ قولانِ ، وقدْ مضىٰ ذٰلكَ في الحجِّ .

وأَمَّا الصدقَةُ : فيجوزُ للوارثِ وللأَجنبيِّ أَنْ يتصدَّقَ عَنِ الميِّتِ ، ويلحقُ الميِّتَ ثوابُها ؛ لمَا رويَ : (أَنَّ رجلاً أَتىٰ النبيَّ ﷺ ، فقالَ : يا رسولَ اللهِ! إِنَّ أُمي ٱفْتُلِتَتْ نَفْسُها ، ولَولا ذٰلكَ لوَهبَتْ وتصدَّقَتْ ، أَأَتصدَّقُ عنها ؟ قالَ : « نَعمْ » قالَ : فإِنَّ ليَ مخرفاً فأُشهدُكَ أَنِّي قد تصدَّقتُ بهِ عنْها)[1] .

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ووَاسعٌ في فضلِ اللهِ أَنْ يثيبَ المتصدِّقَ أَيضاً) .

وأَمَّا الدَّينُ : فيجوزُ لِلوارثِ والأَجنبيِّ أَنْ يَقضيَهُ عَنِ الميِّتِ ؛ لِما ذكرناهُ في حديثِ الخَثعميَّةِ .

ورويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ : أُتيَ بجنازةٍ ليُصلِّيَ عليها ، فقالَ : « هَلْ علىٰ صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ ؟ » قالوا : نَعمْ ، دينارانِ . فتحمَّلهما أَبو قتادةَ ، فصلَّىٰ عليهِ النبيُّ ﷺ ، فلمَّا قضاهُما أَبو قتادةَ . . قالَ لَه النبيُّ ﷺ : « الآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » .

وأَمَّا الدعاءُ : فيلحقُ الميِّتَ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُو مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا

---

(١) أخرجه عن عائشة الصديقة بنحوه البخاري (١٣٨٨) في الجنائز ، ومسلم (١٠٠٤) في الزكاة ، باب : وصول ثواب الصدقة عن الميت . افتلتت : ماتت فجأة . وهبت : تصدقت . مخرفاً : بستاناً . وبهٰذا يستدل علىٰ أن الاستغفار والدعاء والصدقة والعتق والحج وقراءة القرآن مستحبة ويصل ثوابها إلىٰ الميت . قال ابن الصلاح : في إهداء القرآن خلاف للفقهاء ، والذي عليه عمل أكثر الناس تجويز ذٰلك ، وينبغي لمن أراد ذٰلك أن يقول : اللهم أوصل مثل ثواب ما قرأته لفلان ، فيُجعَل دعاءً ، ولا خلاف في نفع الدعاء ووصوله ، وأهل الخير قد وجدوا البركة في مواصلة الأموات بالقراءة والدعاء .

﴿ٱغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [الحشر : ١٠] . فلولا أَنَّ الدعاءَ يلحقُهم . . لمَا أَثنىٰ عليهِم بالدعاءِ لإخوانهم .

وروِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « إذا مَاتَ ٱلإِنْسَانُ . . ٱنْقَطَعَ عَمَلُهُ إلاَّ مِنْ ثَلاثٍ : صَدَقَةٍ جارِيَةٍ ، وَعِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ ، وَوَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُوْ لَهُ »[1] .

فمعنىٰ (الصدقةِ الجاريةِ) : الوقفُ .

ومعنىٰ (العلمِ المنتفَعِ بهِ) : إمَّا كُتبُ علمٍ وَقفَها ، أَو علَّمَ غيرَهُ .

فأَمّا ما سِوىٰ ذٰلكَ مِنَ القُرَبِ ، كالصلاةِ والقراءةِ والذِّكرِ . . فلا يلحقُ الميِّتَ ثوابُها بفعلِ الغيرِ لَها عنهُ ، قالَ أَصحابُنا : إلاَّ أَنَّه إذا قُرِىءَ القرآنُ عندَ القبرِ أَوِ الميِّتِ . . فإنَّ ثوابَ القراءةِ لِلقارىءِ ، ولٰكنَّ الرَّحمةَ تنزلُ حيثُ يُقرأُ القرآنُ ، فيُرجىٰ أَنْ تعمَّ الرحمةُ الميِّتَ ؛ لأَنَّه كالجالسِ بينَهُم . هٰذا مذهبُنا .

وحكيَ عَنْ أَحمدَ بنِ حنبلٍ : أَنَّه قالَ : (يلحقُ الميِّتَ ثوابُ ما يُفعلُ عنهُ مِنَ الصلاةِ ، والقِراءةِ ، والذِّكرِ) .

ودليلُنا : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم : ٣٩] وهٰذا عمومٌ إلاّ فيما خصَّهُ الدليلُ .

وقولُهُ ﷺ : « إذا مَاتَ ٱلإِنْسَانُ . . ٱنْقَطَعَ عَمَلُهُ إلاّ مِنْ ثَلاثٍ : صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، وَعِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ ، وَوَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُوْ لَهُ » . وهٰذا ليسَ بواحدٍ منها .

وإِنْ أَعتقَ عَنِ الميِّتِ رقبةً ، فإِنْ لَم يكنْ في ذمَّتهِ رقبةٌ مِنْ كفّارةٍ متحتِّمةٍ بالعتقِ أَو بالنذرِ ، ولا أَوصىٰ بها . . لَم يَقعْ ذٰلكَ العتقُ عَنِ الميِّتِ ؛ لِما ذكرناهُ . وإنْ كانَ في ذمَّتهِ عتْقُ رقبةٍ متحتِّمةٍ مِنْ نذرٍ أَو كفارةِ قتلٍ أَو ظِهَارٍ ، فأَعتقَ عنهُ الوارثُ أَوِ الوصيُّ . . صحَّ ذٰلكَ عَنِ الميْتِ وإِنْ كانَ بغيرِ إذنهِ ؛ لأَنَّه واجبٌ عليهِ وهُما يقومانِ مقامَهُ في أَداءِ الواجبِ عليهِ .

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة مسلم (١٦٣١) في الوصية ، باب : ما يلحق الإنسانَ من الثواب بعد وفاته .

وإِنْ كانَ عليهِ كفّارةُ يمينٍ فأَعتقَ عنهُ رقبةً بعدَ موتهِ بغيرِ إِذنهِ . . فهلْ تقعُ[١] عنهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تَقعُ عَنِ الميّتِ ؛ لأَنَّه لَو كفَّرَ بها في حياتهِ . . لصحَّ ، فإِذا أَعتقَها عنهُ غيرُهُ بعدَ موتِهِ . . وَقعتْ عنهُ ، ككفّارةِ الظِّهارِ .

والثاني : لا تقعُ عنهُ ، بلْ تقعُ عَنِ المعتِقِ ؛ لأَنَّ العتقَ كانَ غيرَ متحتِّمٍ عليهِ ، بلْ كانَ مخيَّراً : بينَ الإِطعامِ والكسوةِ والعتقِ ، فصارَ كما لَو تطوَّعَ عنهُ بالعتقِ .

فرعٌ : [اختلاف الورثة والموصى له] :

إِذا قالَ : إِنْ متُّ مِنْ مرضي هٰذا . . فَلِزيدٍ كذا ، فماتَ ، فأَدّعىٰ الموصىٰ لَه أَنَّه ماتَ مِنْ ذٰلكَ المرضِ ، وقالَ الورثةُ : بلْ بریءَ منهُ ، ثمَّ ماتَ . . فالقولُ قولُ الورثةِ معَ أَيمانِهِم ؛ لأَنَّ الأَصلَ انتقالُ المِلْك إِليهِم إِلا أَنْ يثبتَ ما يَصرفُهُ عنهُم ، ولَم يَثبتْ .

واللهُ أَعلمُ وهوَ وليُّ التوفيقِ[٢]

* * *

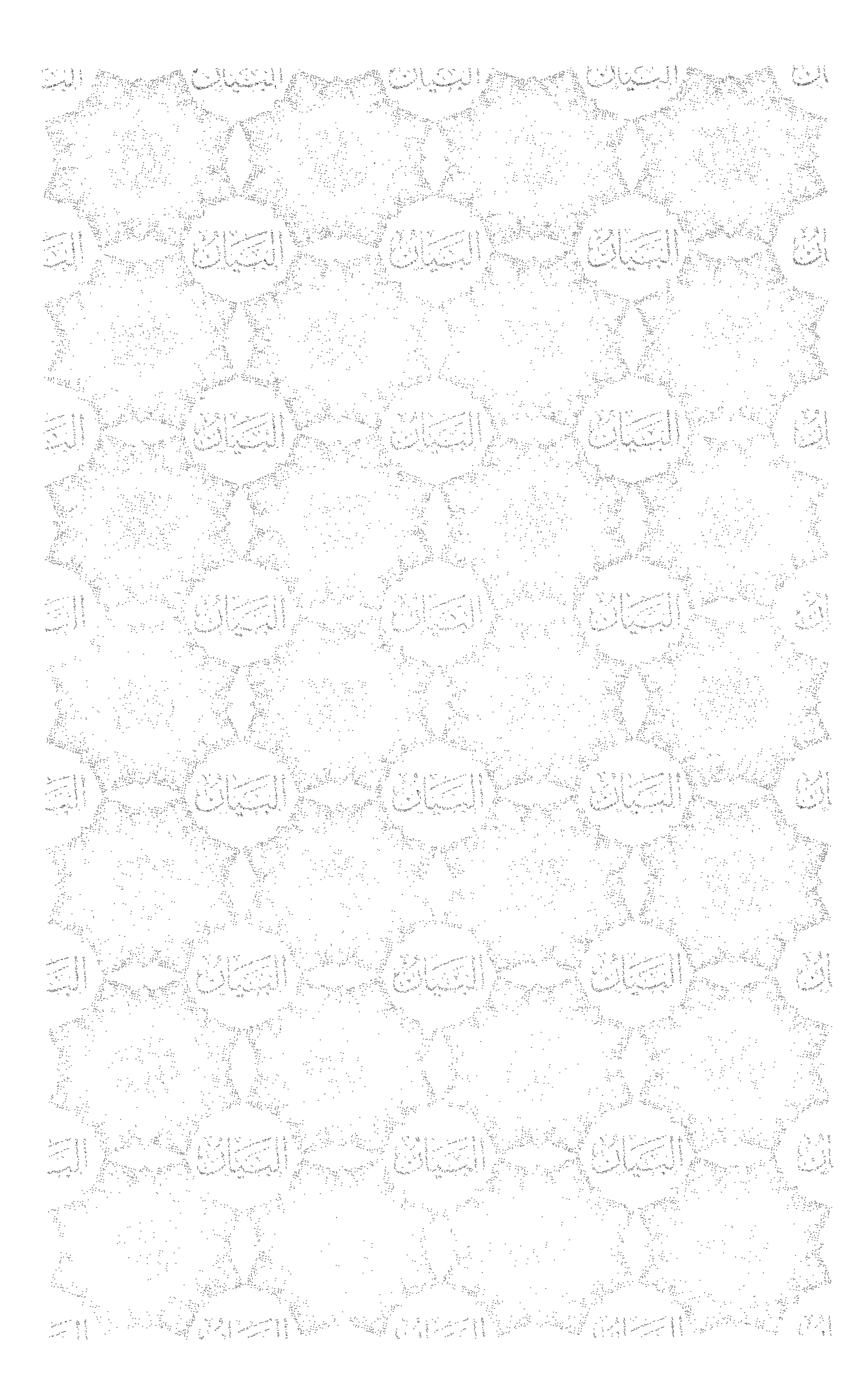
---

(١) في (م) : (تصح) .

(٢) في هامش نسخة : (وجدت هنا في الأصل ، قال المصنف رحمه الله تعالىٰ : انتهىٰ الجزء الرابع ويتلوه في أول الجزء الخامس (كتاب العتق) والحمد لله حقَّ حمده حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه ومباركاً عليه ، كما يحب ربنا ويرضىٰ ، وصلواته علىٰ سيِّدنا محمَّد النبي وعلىٰ آله وأصحابه وسلم تسليماً كثيراً دائماً موفوراً) .



كتاب العتق



كتاب العتق(١)

الأَصلُ في العتقِ : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ ﴾ [الأحزاب : ٣٧] .

قالَ أَهلُ التفسيرِ : أَنعمَ اللهُ عليهِ بالإسلامِ ، وأَنعمتَ عليهِ بالعتقِ .

وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [النساء : ٩٢] في مواضعَ مِنَ القُرآنِ .

وروىٰ وَاثلةُ بنُ الأَسقعِ قالَ : أَتينا النبيَّ ﷺ في صاحبٍ لنا أُوجبَ النارَ بالقتلِ ، فقالَ : « أَعْتِقُوْا عَنْهُ رَقَبَةً يُعْتِقِ ٱللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنْهُ مِنَ ٱلنَّارِ »(٢) .

---

(١) العتق لغة ـ مأخوذ من قولهم عتق الفرخ ـ : إذا طار واستقل ، وعتق الفرس : إذا سبق ونجا ، ويطلق علىٰ : النجابة والشرف والحرية والخروج من الرق . وشرعاً : إزالة ملك عن الآدمي لا إلىٰ مالك تقرباً إلىٰ الله تبارك وتعالىٰ .

وقد شرعه الدين القويم وحثَّ علىٰ فعله قال تعالىٰ : ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾ [البلد : ١٣] . والإسلام لم يرغَبْ في الرق ، وإنما رغَّب في العتق ، وإنما أجاز بعض صوره في الأصل مجازاة للكافرين ومعاملة لهم بالمثل ، ومع هٰذا فقد جعل الإسلام سبلاً مِن أعمال البر لحرية الأرقاء . وسيأتي بيانها في محالِّها .

وأَركان العتق ثلاثة : معتق ، وعتيق ، وصيغة .

(٢) أخرجه عن واثلة بن الأسقع رضي الله عنه أحمد في « المسند » (٣/ ٤٩٠ ـ ٤٩١) ، وأبو داود (٣٩٤٦) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٤٨٩٢) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٣٠٧) ، والطبراني في « الكبير » (٢٢/ ٢١٨) وإلىٰ (٢٢١) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٢١٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٨/ ١٣٢ ـ ١٣٣) في العتق بإسناد صحيح .

وجاء في هامش نسخة : (خصت الرقبة بالذكر دون سائر الأعضاء ؛ لأن ملك السيد للعبد كالحبل في رقبة العبد كالغل ، هو محبوس به كما تحبس الدابة بحبل في عنقها ، فإذا أعتق . . فكأنه أطلق من ذٰلك . من « شرح التنبيه » لابن الرفعة) .

وقالَ ﷺ : « ٱلْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[١] .

وأجمعتِ الأُمَّةُ علىٰ صحَّةِ العتقِ وحصولِ القُربةِ بهِ[٢] .

ولا يصحُّ العتقُ إلاّ ممَّنْ يصحُّ تصرُّفهُ في المالِ ، كما قُلنا في الهبةِ .

فإنْ أَعتقَ الموقوفُ عليهِ العبدَ الموقوفَ . . لَم يصحَّ عتقُهُ ؛ لأنَّه لا يَملِكهُ مِلكاً تامّاً .

وإنْ أَعتقَ في مرضِ موتهِ عبداً لَه وعليهِ دينٌ يَستغرقُ تركتَهُ . . لَم يصحَّ ؛ لأنَّ عتقَهُ وصيَّةٌ ، والدَّينُ مقدَّمٌ علىٰ الوصيَّةِ .

وإنْ أَعتقَ عبداً جانياً . . فهوَ كما لَو أَعتقَ عبداً مرهوناً ، وقد مضىٰ بيانُهُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ العتقَ يقعُ بالصريحِ مِنْ غيرِ نيَّةٍ ، وبالكنايةِ معَ النيَّةِ .

و(الصريحُ) : العتقُ والحرِّيَّةُ ؛ لأنَّه ثبتَ لهُما عُرفُ الشرعِ واللُّغةِ .

و(الكنايةُ) : مثلُ قولِهِ : خلَّيتُكَ ، وسيَّبتُكَ ، وحَبْلُكَ علىٰ غارِبكَ ، ولا سبيلَ لي عليكَ ، ولا سلطانَ لي عليكَ ، وأَنتَ للهِ ، وأَنتَ طالقٌ ؛ لأنَّه يحتملُ العتقَ وغيرَهُ ، فوقعَ بهِ العتقُ معَ النيَّةِ .

فإنْ قالَ لأَمَتهِ : أَنتِ عليَّ كظَهرِ أُمِّي ونوىٰ بهِ العتقَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تعتَقُ ؛ لأنَّه يوجبُ تحريمَ الزوجةِ ، فأَشبهَ الطلاقَ .

والثاني : لا تعتَقُ ؛ لأنَّه لا يزيلُ المِلكَ عَنِ الزوجةِ ، فهوَ كالإِيلاءِ .

وإنْ قالَ : فككتُ رقبتَكَ . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) طرف حديث أخرجه من طرق عن عائشة أم المؤمنين مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٨٠) ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٢٢٩) ، وأحمد في « المسند » (٦/ ٥٤٢) ، والبخاري (١٤٩٣) في الزكاة ، ومسلم (١٥٠٤) ، وأبو داود (٣٩٢٩) في العتق ، والترمذي بنحوه (١٢٥٦) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٤٦٤٣) في البيوع وفي « الكبرىٰ » (٥٠١٧) ، وابن ماجه (٢٥٢١) في العتق .

(٢) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٧٢٨) : أجمع أهل العلم علىٰ أن الرجل إذا أعتق عبداً له في صحته وهو موسر . . أن عتقه ماض عليه .

أَحدُهما : أَنَّه صريحٌ في العتقِ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد : ١٣] .

والثاني : يَحتملُ أَنَّه كنايةٌ في العتقِ ؛ لأَنَّه يُستعمَلُ في العتقِ وغيرِهِ .

مسأَلةٌ : [عتق أحد الشريكين نصيبه] :

وإِنْ كانَ عبدٌ بينَ نَفْسينِ ، فأَعتقَ أَحدُهما نصيبَهُ فيهِ ، فإِنْ كانَ معسِراً بقيمةِ باقيهِ . . عتقَ نصيبُهُ ورقَّ نصيبُ شريكِهِ .

وإِنْ كانَ موسِراً بقيمةِ نصيبِ شريكِهِ ، بحيثُ يملِكُ قيمةَ نصيبِ شريكهِ فاضلاً عَنْ قوتِ يومهِ . . سرىٰ عتقُهُ إِلىٰ نصيبِ شريكِهِ ، وعتقَ عليهِ ، وقوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكِهِ . هٰذا مذهبُنا .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يسري ، وإِنَّما يستحقُّ إِعتاقَ نصيبِ الشريكِ . وإِنْ كانَ المعتِقُ معسِراً . . كانَ المالكُ للنصيبِ مخيَّراً بينَ شيئينِ : بينَ أَنْ يُعتِقَ نصيبَ نفْسهِ ويكونَ الولاءُ بينَهُ وبينَ شريكهِ ، وبينَ أَنْ يستسعيَ العبدَ في قيمةِ نصيبهِ ، فإِذا أَدّاهُ . . عتقَ عليهِ ، وكانَ الوَلاءُ بينَهُ وبينَ شريكهِ .

وإِنْ كانَ المعتِقُ موسِراً . . كانَ شريكُهُ مخيَّراً بينَ ثلاثةِ أَشياءَ : بينَ أَنْ يعتقَ نصيبَهُ ، وبينَ أَنْ يستسعيَ العبدَ في قيمةِ نصيبهِ ويكونَ الوَلاءُ بينهُما في هٰذينِ ، وبينَ أَنْ يضمَنَ شريكُهُ المعتِقُ قيمةَ نصيبهِ ويكونَ جميعُ الوَلاءِ للشريكِ المعتِقِ ، ثمَّ يرجعُ المعتِقُ في سعايةِ العبدِ بما غَرِمَهُ مِنْ قيمتهِ) .

وقالَ ٱبنُ أَبي ليلىٰ ، وٱبنُ شبرمةَ ، والثوريُّ ، وأَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ : يَسري العتقُ في الحالِ بكلِّ حالٍ . وإِنْ كانَ المعتِقُ موسِراً . . غَرِمَ قيمةَ نصيبِ شريكهِ . وإِنْ كانَ معسِراً . . ٱستَسْعىٰ العبدَ في قيمةِ نصيبهِ .

وقالَ ربيعةُ : لا يعتَقُ نصيبُ الشريكِ بحالٍ إِلاّ أَنْ يرضىٰ الشريكُ .

وقالَ عثمانُ البَتِّيُّ : لا يعتَقُ نصيبُ الشريكِ بحالٍ .

دليلُنا : ما روىٰ ٱبنُ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُما : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ

فِيْ عَبْدٍ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَ ٱلْعَبْدِ . . قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ عَدْلٍ ، وأَعْطَىٰ شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَإِلاَّ . . فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَق ، وَرَقَّ مِنْهُ مَا رَقَّ »(١) .

فرعٌ : [العبد المسلم بين مسلم وكافر] :

وإِنْ كانَ العبدُ المسلِمُ مشترَكاً بينَ كافرينِ ، أَو بينَ مسلِمٍ وكافرٍ : فأَعتقَ الكافرُ نصيبَهُ فيهِ . . عتقَ نصيبُهُ . فإِنْ كانَ موسِراً بقيمةِ نصيبِ شريكِهِ . . فهلْ يقوَّمُ عليهِ ؟

مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ بناءً علىٰ أَنَّ شراءَ الكافرِ للمسلمِ هلْ يصحُّ ؟

فإِنْ قُلنا : لا يصحُّ . . لَم يُقوَّمْ عليهِ ؛ لأَنَّ التقويمَ يوجبُ المِلكَ .

وإِنْ قُلنا : يصحُّ شراؤُهُ . . قُوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكهِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : يقوَّمُ عليهِ هاهُنا قولاً واحداً ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لأَنَّه تقويمُ مُتلَفٍ فٱستوىٰ فيهِ المسلِمُ والكافرُ في الإِتلافِ . ولأَنَّ المقصودَ هاهُنا تكميلُ الأَحكامِ لا المِلكُ ، بخلافِ الشراءِ .

فرعٌ : [وقت عتق نصيب الشريك] :

ومتىٰ يُعتَقُ نصيبُ الشريكِ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : يُعتَقُ بنفسِ اللفظِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لِما روىٰ ٱبنُ عمرَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ

---

(١) أخرجه عن ابن عمر من طرق وبألفاظ متقاربة مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٧٢) ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢/٢١٧) و (٢١٨) في العتق ، والبخاري (٢٤٩١) في الشركة و (٢٥٢٢) ، ومسلم (١٥٠١) ، وأبو داود (٣٩٤٠) في العتق ، والترمذي (١٣٤٦) و (١٣٤٧) في الأحكام ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٤٩٤٦) و (٤٩٤٧) في العتق وفي « الصغرىٰ » (٤٦٩٨) و (٤٦٩٩) في البيوع ، وابن ماجه (٢٥٢٨) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٩٧٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٧) في العتق . قال الترمذي عن كليهما : حسن صحيح . قال البخاري : لا أدري قوله : (عتق منه ما عتق) قول من نافع أو عن النبي ﷺ . وكذلك لم نر قوله : (ورقّ منه ما رقّ) . ومن ألفاظه : « من أعتق نصيباً أو قال شقصاً » و : « من كان له شركة في عبد » . و : « أيما عبد كان بين اثنين فأعتق أحدهما . . . »

قيمة عَدل ـ بالفتح ـ : أي ثمناً معتدلاً لا زيادة فيه ولا نقصان .

قالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِيْ عَبْدٍ وَلَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَهُ . . فَهُوَ عَتِيْقٌ » .

ولأَنَّ قَدْرَ القيمةِ معتبرٌ بحالِ العتقِ ، فثبتَ أَنَّ العتقَ قدْ نفذَ في تلكَ الحالِ .

والثاني : أَنَّه لا يُعتَقُ إلاّ بدفع القيمةِ ؛ لِما روىٰ أَبو هريرةَ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « إذا كَانَ ٱلْعَبْدُ بَيْنَ ٱثْنَيْنِ فأَعْتَقَ أَحَدُهُما نَصِيْبَهُ ، فَإِنْ كَانَ مُوْسِراً . . قُوِّمَ عَلَيْهِ لا وَكْسَ وَلا شَطَطَ ، ثُمَّ يعتَقُ »[(١)]

و (الوَكْسُ) : النقصانُ . و(الشَّطَطُ) : الزيادةُ .

وروِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِيْ عَبْدٍ . . فَعَلَيْهِ خَلاصُهُ إِنْ كانَ لَهُ مَالٌ »[(٢)] فثبتَ أَنَّه باقٍ علىٰ الرقِّ .

والثالثُ : أَنَّه مُراعىٰ[(٣)] ، فإِنْ دَفعَ القيمةَ . . حَكمْنا بأَنَّه عتقَ باللَّفظِ . وإِنْ لَم يدفعِ القيمةَ . . حَكمْنا بأَنَّه لَم يُعتَقْ ؛ لأَنَّا لَو أَعتقناهُ باللفظِ قَبْلَ دفع القيمةِ . . أَضرزْنا بالشريكِ ، ولَو قُلنا : إِنَّه باقٍ علىٰ الرقِّ . . أَضرزْنا بالعبدِ في إِبقاءِ أَحكامِ الرقِّ عليهِ ، فثبتَ أَنَّه موقوفٌ ليزولَ الضررُ عنهُما .

فإِذا قُلنا : إِنَّه يُعتَقُ بنفسِ اللفظِ . . صارتْ أَحكامُهُ أَحكامَ الأَحرارِ مِنْ حينِ الإِعتاقِ ، فإِنْ ماتَ للعبدِ مَنْ يرثُهُ . . وَرِثَهُ .

فإِنْ أُعسرَ المعتِقُ بعدَ ذٰلكَ ، أَو هربَ ، أَو ماتَ ، ولَم يخلِّفْ وفاءً . . فقيمةُ نصيبِ شريكهِ في ذمَّتهِ .

---

(١) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/٢١٨) ، وأحمد في « المسند » (٢/١١) ، ومسلم (١٦٦٧) م (٥٠) في الأيمان ، وأبو داود (٣٩٤٧) في العتق .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة من طرق البخاري (٢٤٩٢) في الشركة ، ومسلم (١٥٠٣) (٤) ، وأبو داود (٣٩٣٥) وبنحوه (٣٩٣٨) في العتق ، والترمذي (١٣٤٨) في الأحكام ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٤٩٦٢) و(٤٩٦٣) وغيرها ، وابن ماجه (٢٥٢٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢٨٠ ـ ٢٨١) في العتق بألفاظ متقاربة . قال الترمذي : حسن صحيح .

(٣) مراعىٰ : قال في « النظم المستعذب » (٢/ ٣) : من راعيت الأمر ، أي نظرت ما يصير إليه .

وهلْ عَتَقَ جميعُهُ باللفظِ في حالةٍ واحدةٍ ؟ فيهِ وَجهانِ حكاهُما الطبريُّ :

أحدُهما : أَنَّ عِتقَ جميعهِ وقعَ في حالةٍ واحدةٍ ؛ لأَنَّ الجميعَ صارَ كأَنَّه لَه ، فعَتَقَ جميعُهُ باللفظِ .

والثاني ـ وهوَ الأَصحُّ ـ : أَنَّ العتقَ وَقعَ في نصيبِ المعتِقِ أَوَّلاً ، ثمَّ يَسري إِلىٰ نصيبِ شريكهِ ؛ لأَنَّه لا يملِكُ نصيبَ شريكهِ ، فلَم يقعْ عتقُهُ فيهِ مباشرةً .

وإِذا طالبَ الشريكُ بقيمةِ نصيبهِ . . أُجبرَ المُعتِقُ علىٰ الدفعِ . وَإِنْ بذلَ المعتِقُ القيمةَ ، فٱمتنعَ الشريكُ مِنْ أَخذِها . . قبضَها الحاكمُ لَه ، وليسَ للعبدِ المعتَقِ المطالبةُ بالدفعِ ولا بالقبضِ ؛ لأَنَّ عتقَهُ غيرُ موقوفٍ علىٰ ذٰلكَ .

وأَمَّا إِذا قُلنا : إِنَّ العتقَ لا يقعُ إِلاَّ بدفعِ القيمةِ ، فإِنْ طلبَ الشريكُ القيمةَ . . وَجبَ علىٰ المعتِقِ دفعُها ، فإِنْ بذلَها المُعتِقُ . . وَجبَ علىٰ الشريكِ قبضُها ، فإِنِ ٱمتنعَ مِنْ قبضِها . . قبضَها الحاكمُ لَه وعتقَ العبدُ . وإِنِ ٱمتنعَ المعتِقُ والشريكُ . . فللعبدِ أَنْ يطالبَهُما بذٰلكَ ليصلَ إِلىٰ حقِّهِ مِنَ العتقِ ، فإِنْ لَم يُطالِبِ العبدُ . . فللحاكمِ أَنْ يُطالِبَ المُعتِقَ بالدفعِ والشريكَ بالقبضِ ، فإِنِ ٱمتنعا . . أَخذَ الحاكمُ القيمةَ مِنَ المعتِقِ للشريكِ ، وعتقَ العبدُ ؛ لِما في العتقِ مِنْ حقِّ اللهِ تعالىٰ .

فإِنْ باعَ الشريكُ نصيبَهُ مِنَ العبدِ أَو وَهبَهُ قَبْلَ أَنْ يَدفعَ المعتِقُ القيمةَ إِليهِ . . لَم يصحَّ بيعُهُ ولا هبتُهُ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ إِبطالَ ما ثبتَ للعبدِ مِنَ الحرِّيَّةِ .

وإِنْ أَعتقَ نصيبَهُ . . ففيه وَجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ وأَبي عليٍّ بنِ أَبي هريرةَ ـ : (أَنَّه يعتقُ ؛ لأَنَّ العتقَ صادفَ مِلكَهُ ويحصلُ العتقُ للعبدِ) .

والثاني : لا يعتقُ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يبطلُ ما ثبتَ للمعتِقِ مِنَ الوَلاءِ .

وإِنْ ماتَ للعبدِ مَنْ يرثُهُ قَبْلَ دفعِ القيمةِ ، أَو شهِدَ ، أَو جنىٰ ، أَو جُنيَ عليهِ . . فحكمُهُ في ذٰلكَ حكمُ العبيدِ ؛ لأَنَّه باقٍ علىٰ الرقِّ .

وإِنْ ماتَ العبدُ قَبْلَ دفعِ القيمةِ . . فهلْ للشريكِ أَنْ يطالبَ المعتِقَ بالقيمةِ ؟ علىٰ هٰذا القولِ فيه وَجهانِ :

أَحدُهما : لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّ القيمةَ وَجبتْ علىٰ المعتِقِ بالعتقِ ، فلا تَسقطُ بموتِ العبدِ .

والثاني : لا يجبُ عليهِ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ القيمةَ إِنَّما وَجبتْ عليهِ لتكميلِ أَحكامِ العبدِ ، وليحصلَ للمعتِقِ الوَلاءُ عليهِ ، وهٰذا لا يوجدُ في حقِّهِ بعدَ موتِهِ .

وعلىٰ القولِ الأَوَّلِ : لَه مطالبتُهُ بعدَ موتِ العبدِ قولاً[1] واحداً ؛ لأَنَّه ماتَ حرّاً .

فرعٌ : [استيلاد الجارية من أحد الشريكين] :

وإِنْ كانتْ جاريةٌ بينَ ٱثنينِ فٱستولَدها أَحدُهما . . ثبتَ لَها حرمةُ الاستيلادِ في نصيبِهِ . فإِنْ كانَ موسِراً بقيمةِ نصيبِ شريكِهِ . . قوِّمَ عليهِ . ومتىٰ يثبتُ لَها حرمةُ الاستيلادِ ؟ فيهِ طريقانِ حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » .

ومنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : هيَ علىٰ الأَقوالِ الثلاثةِ في العتقِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : إِنْ قُلنا في العتقِ : يَسري بنفسِ اللفظِ . . فهاهُنا تثبتُ لَها حرمةُ الاستيلادِ بالإِحبالِ . وإِنْ قُلنا في العتقِ : لا يَسري إِلاّ بدفعِ القيمةِ . . ففي الإِحبالِ وَجهانِ :

أَحدُهما : لا تثبتُ لَها حرمةُ الاستيلادِ في نصيبِ شريكهِ إِلاّ بدفعِ القيمةِ ، كالإِعتاقِ .

والثاني : تَثبتُ بالإِحبالِ ؛ لأَنَّه أَقوىٰ مِنَ العتقِ ، بدليلِ : أَنَّ العتقَ لا يصحُّ مِنَ السفيهِ والمجنونِ ، والإِحبالُ يصحُّ منهُما .

وأَمّا إِذا ٱستولدَها الشريكانِ معاً ، مثلُ : أَنْ كانا مُعسِرَينِ فٱستولدَها أَحدُهما ، ثمَّ ٱستولدَها الثاني . . فإِنَّها تصيرُ أُمَّ ولدٍ لَهما . فلَو أَعتقَ أَحدُهما نصيبَهُ منها بعدَ ما أَيسرَ . . فهلْ يقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ ؟ فيهِ وَجهانِ :

---

(١) في (م) : (وجهاً) .

أَحدُهما : يقوَّمُ عليهِ ؛ لأنَّها تعتقُ بالإِعتاقِ .

والثاني : لا يقوَّمُ عليهِ ؛ لأَنَّ أُمَّ الولدِ لا تُملَكُ .

فرعٌ : [يدخل نصيب الشريك بالملك في التقويم] :

كلُّ موضعٍ قوِّمَ علىٰ المعتِقِ نصيبُ شريكهِ . . فإِنَّه يحكمُ بدخولِ ملكِ نصيبِ الشريكِ في مِلكِ المعتِقِ . ومتىٰ يملكُهُ ؟ فيهِ وَجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ أَبو إِسحاقَ : يملكُهُ ويعتقُ عليهِ في حالةٍ واحدةٍ .

و[**الثاني**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يملِكُهُ ثمَّ يعتقُ عليهِ ، وهٰكذا إِذا ٱشترىٰ مَنْ يعتقُ عليهِ . . فإِنَّه يملكُهُ ، وفي وقتِ مِلكِهِ الوجهانِ .

مسأَلةٌ : [اختلاف الشريكين في قيمة العبد المعتق] :

إِذا ٱختلفَ الشريكانِ في قيمةِ العبدِ المُعتَقِ ، فٱدَّعىٰ الشريكُ أَنَّ قيمتَهُ أَلفانِ ، وقالَ المعتِقُ : بلْ قيمتُهُ أَلفٌ . . فلا خلافَ أَنَّ قيمتَهُ تُعتبرُ حالَ الإِعتاقِ ؛ لأَنَّه وَقتُ الإِتلافِ .

فإِنْ كانَ الاختلافُ عقيبَ الإِعتاقِ أَو بعدَهُ بزمانٍ ولَم تَختلفْ قيمتُهُ مِنْ حينِ الإِعتاقِ إِلىٰ حينِ التقويمِ . . رجعَ فيهِ إِلىٰ مقوِّمينَ .

وإِنْ كانَ العبدُ قدْ ماتَ ، أَو غابَ ، أَو تأَخَّرَ تقويمُهُ زماناً تختلفُ فيهِ قيمتُهُ ، ولا بيِّنةَ علىٰ قيمتهِ وَقتَ الإِعتاقِ . . فَمنِ القولُ قولُه معَ يمينهِ ؟ فيهِ قولانِ ، وٱختلفَ أَصحابُنا في مأْخذِ القولينِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : أَصلُهما القولانِ في وَقتِ السِّرايةِ :

فإِنْ قُلنا : إِنَّ السِّرايةَ وَقعتْ بنفْسِ اللفظِ . . فالقولُ قولُ المعتِقِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّه غارمٌ ، فكانَ القولُ قولَه في قيمةِ ما أَتلفَهُ ، كالمتلِفِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّ السِّرايَةَ لا تقعُ إِلاّ بدفعِ القيمةِ . . فالقولُ قولُ الشريكِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ

مِلكَهُ ثابتٌ علىٰ نصيبهِ ، فلا يُنتزعُ منهُ إلاّ بِما يقرُّ بهِ ، كما لَوِ ٱختلفَ الشفيعُ والمشتري في الثمنِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : أَصلُهما : القولانِ فيمَنِ ٱشترىٰ عبدينِ فتلِفَ[1] أَحدُهما ووَجدَ بالآخَرِ عيباً ، وقُلنا : لَه رَدُّهُ ، فٱختلفا في قيمةِ التالفِ ، وفيهِ قولانِ :

أَحدُهما : القولُ قولُ المشتري ؛ لأَنَّهُ كالغارمِ . **فعلىٰ هٰذا** : القولُ قولُ المعتِقِ .

والثاني : القولُ قولُ البائعِ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ ثابتٌ علىٰ الثمنِ ، فلا ينتزعُ منهُ إلاّ بِما يقرُّ بهِ . **فعلىٰ هٰذا** : القولُ قولُ الشريكِ .

قالَ الطبريُّ : وحكىٰ الشيخُ أَبو حامدٍ عَنِ الربيعِ : أَنَّه قالَ : فيها قولٌ آخَرُ : أَنَّهما يتحالفانِ . قالَ : وهٰذا مِنْ تخريجِ الربيعِ ؛ لأَنَّه ليسَ بينهُما عقدٌ ينفسخُ بالتحالفِ ، ولأَنّا لَو حلَّفناهُما . . لاحتجنا إِلىٰ الرجوعِ إِلىٰ القيمةِ ، فلا يفيدُ التحالفُ شيئاً .

والطريقُ الأَوَّلُ هوَ المشهورُ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ الشريكُ زيادةَ صنعةٍ في العبدِ تزيدُ بها قيمتُهُ ، فإِنْ كانَ العبدُ غائباً ، أَو ميّتاً ، ولا بيِّنةَ للشريكِ ، فأَنكرَها المعتِقُ . . ففيهِ طريقانِ :

مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : القولُ قولُ المعتِقِ .

والثاني : القولُ قولُ الشريكِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : القولُ قولُ المعتِقِ قولاً واحداً ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الصنعةِ .

وإِنْ كانَ العبدُ حاضراً ، فإِنْ كانَ يُحسِنُ الصنعةَ التي ٱدَّعاها الشريكُ ، فإِنْ لَم يمضِ مِنْ حينِ العتقِ زمانٌ يمكنُ فيهِ تعلُّمُ تلكَ الصنعةِ . . فالقولُ قولُ الشريكِ ؛ لأَنّا علِمنا صدقَهُ . وإِنْ كانَ قدْ مضىٰ زمانٌ يُمكنُ فيهِ تعلُّمُ تلكَ الصنعةِ . . فعلىٰ الطريقينِ .

وإِنْ قالَ المعتِقُ : كانَ سارقاً ، أَو آبقاً ، وأَنكرَ الشريكُ ، ولا بيِّنةَ لِلمعتِقِ . . فعلىٰ طريقينِ :

---

(١) في (م) : (فهلك) .

[الأَوَّلُ] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ .

و[الثاني] : منهُم مَنْ قالَ : القولُ قولُ الشريكِ قولاً وَاحداً ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ ذٰلكَ .

فرعٌ : [وجود دين مستغرق علىٰ المعتِق] :

إِذا أَعتقَ أَحدُ الشريكينِ نصيبَهُ مِنَ العبدِ وهوَ يملِكُ مِنَ المالِ قَدْرَ قيمةِ نصيبِ شريكهِ إلاّ أَنَّ عليهِ ديناً يستغرقُ ذٰلكَ . . فهلْ يقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ ؟ فيهِ قولانِ بناءً علىٰ أَنَّ الدَّينَ : هلْ يمنعُ وجوبَ الزكاةِ ؟

فرعٌ : [تعليق الشريكين علىٰ شرط واحد] :

إِذا قالَ أَحدُ الشريكين في العبدِ : إِذا دخلتَ الدارَ الفلانيَّةَ فأَنتَ حرٌّ ، ثمَّ قالَ لَهُ الآخرُ : إِذا دخلتَها فأَنتَ حرٌّ ، فدَخلَها . . عتقَ عليهِما ، ولَم يقوَّمْ نصيبُ أَحدِهما علىٰ الآخرِ ؛ لأَنَّه عتقَ عليهِما في حالةٍ واحدةٍ .

وإِنْ قالَ أَحدُ الشريكينِ للآخَرِ : إِذا أَعتقتَ نصيبَكَ مِنَ العبدِ فنصيبي منهُ حرٌّ ، فأَعتقَ الآخَرُ نصيبَهُ . . عتقَ نصيبُهُ عليهِ ، وقُوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكهِ إِنْ كانَ موسِراً ؛ لأَنَّ عتقَ نصيبِ المباشرِ سبَقَ ، فآستحقَّتْ بهِ السِّرايةُ ، فمنَعتْ وُقوعَ عتقِ الشريكِ المعلِّقِ عتقُ نصيبهِ بصفةٍ .

وإِنْ قالَ : إِذا أَعتقتَ نصيبَكَ فنصيبي حرٌّ في حالِ عتقِ نصيبِكَ ، فأَعتقَ الآخَرُ نصيبَهُ . . عتقَ عليهِ نصيبُهُ . وهلْ يقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ الذي علَّقَ عتقَهُ ؟ فيهِ وَجهانِ :

أَحدُهما : يقوَّمُ عليهِ ؛ لأَنَّ إِعتاقَهُ لنصيبهِ شرطٌ في عتقِ نصيبِ شريكهِ ، والشرطُ يتقدَّمُ علىٰ المشروطِ ، فكانَ كالأُولىٰ .

والثاني : لا يقوَّمُ عليهِ ، وهوَ آختيارُ القاضي أَبي الطيِّبِ ؛ لأَنَّ العتقَ وَقعَ علىٰ النصيبينِ في وَقتٍ وَاحدٍ .

فرعٌ : [علَّق أحدُهما عتقه بمدة قبل الموت وجعله الآخر حالاً] :

وإنْ قالَ أَحدُ الشريكينِ في العبدِ : نصيبي منكَ حرٌّ قَبْلَ موتي بشهرٍ ، ثمَّ قالَ الثاني بعدَهُ : نصيبي منكَ حُرٌّ الآنَ ، ثمَّ ماتَ الأَوَّلُ ، فإنْ كانَ بينَ موتِ القائلِ الأَوَّلِ وبينَ قولهِ أَقلُّ مِنْ شهرٍ . . لَم يعتقْ عليهِ نصيبُهُ ؛ لأَنَّ العتقَ لا يقعُ قبلَ الإعتاقِ ، ويعتقُ علىٰ الثاني نصيبُهُ حينَ أَعتقَهُ ، فإنْ كانَ موسِراً بقيمةِ نصيبِ شريكهِ . . قُوِّمَ عليهِ ، وإنْ كانَ مُعسراً . . لَم يقوَّمْ عليهِ .

وإنْ كانَ بينَ قولِ الثاني وبينَ موتِ الأَوَّلِ أَكثرُ مِنْ شهرٍ . . لَم يَعتقْ علىٰ الأَوَّلِ أَيضاً نصيبُهُ إنْ كانَ الثاني موسِراً بقيمةِ نصيبِ الأَوَّلِ ؛ لأَنَّ عتقَ الثاني مقدَّمٌ عليهِ ، فيَعتقُ علىٰ الثاني نصيبُهُ ، ويُقوَّمُ عليهِ نصيبُ الأَوَّلِ . وإنْ كانَ معسِراً بهِ . . لَم يقوَّمْ عليهِ ، وعتقَ علىٰ الأَوَّلِ نصيبُهُ قَبْلَ موتِهِ بشهرٍ ، فيكونُ الوَلاءُ بينَهُما .

وإنْ كانَ بينَ قولِ الأَوَّلِ وبينَ موتهِ شهرٌ مِنْ غيرِ زيادةٍ ولا نقصانٍ . . عتقَ عليهِ نصيبُهُ لوجودِ الصفةِ قَبْلَ عتقِ الثاني ، فإنْ كانَ موسِراً بقيمةِ نصيبِ الثاني . . قُوِّمَ عليهِ ، وكانَ جميعُ وَلائِهِ لَهُ ، وإنْ كانَ معسِراً . . عتقَ عليهِ نصيبُهُ قَبْلَ موتهِ بشهرٍ ، وعتقَ علىٰ الثاني نصيبُهُ بعدَهُ حينَ أَعتقَهُ ، وكانَ ولاؤُهُ بينهُما .

فرعٌ : [توكيل أحد الشريكين في عتق نصيبه] :

وإنْ كانَ عبدٌ بينَ اثنينِ نصفينِ ، فوكَّلَ أَحدُ الشريكينِ شريكَهُ في عتقِ[1] نصيبهِ ، فقالَ الوكيلُ : نصفُكَ حرٌّ . . رُجعَ إِليهِ ، فإِنْ قالَ : أَردتُ بهِ نصيبي . . عتقَ عليهِ نصيبُهُ ، وقُوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكهِ إِنْ كانَ موسِراً بهِ . وإِنْ قالَ : أَردتُ بهِ نصيبَ شريكي . . عتقَ نصيبُ شريكهِ ، وقوِّمَ نصيبُ الوكيلِ علىٰ الموكِّلِ إِنْ كانَ الموكِّلُ موسِراً بهِ .

وإنْ أَطلَقَ ، ولَم ينوِ شيئاً . . ففيهِ وَجهانِ : حكاهُما ابنُ الصبّاغِ :

---

(١) في (م) : (عين) .

أَحدُهما : يعتقُ نصيبُ الموكِّلِ ، ويقوَّمُ عليهِ نصيبُ الوكيل ، ؛ لأَنَّه أَمرهُ بالإِعتاقِ .

والثاني : يعتقُ نصيبُ الوكيلِ ، ويقوَّمُ عليهِ نصيبُ الموكِّلِ ؛ لأَنَّ نصيبَ نفْسِهِ لا يحتاجُ إِلىٰ نيَّةٍ ، ونصيبَ الموكِّلِ يَحتاجُ إِلىٰ النيَّةِ ، ولَم ينوِ .

فرعٌ : [له شقصان في عبدين فأعتق أحدهما ثم الآخر ولا مال له] :

قالَ ٱبنُ الحدّادِ : إِذا كانَ لرجلٍ شِقصانِ مِنْ عبدينِ ، وقيمتُهُما سواءٌ ، ولا مالَ لَه غيرُهما ، فأَعتقَ أَحدَ الشِّقصينِ في صِحَّتهِ . . عتقَ عليهِ نصيبُهُ ، وقوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكهِ ؛ لأَنَّه موسِرٌ بقَدْرِ قيمتهِ ـ وهوَ : الشِّقصُ في العبدِ الآخرِ ـ فإِنْ أَعتقَ الشِّقصَ الآخَرَ بعدَ ذٰلكَ في صِحَّتهِ . . عتقَ نصيبُهُ فيهِ ، ولا يقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ فيهِ ؛ لأَنَّه لا مالَ لَه . ولا يَمنعُ عتقَهُ في الثاني ثبوتُ الدَّينِ في ذمَّتهِ ؛ لأَنَّ قيمةَ الأَوَّلِ لَم تتعلَّقْ في رَقبةِ الثاني ، وإِنَّما هيَ في ذمَّةِ المعتقِ .

وإِنْ كانَ بينَ ٱثنينِ عبدٌ يساوي عشرينَ ديناراً ، فقالَ رجلٌ لأَحدِهما : أَعتِقْ نصيبَكَ عنِّي علىٰ عشرةِ دنانيرَ ، فأَعتقَهُ عنهُ ـ والسائلُ لا يملِكُ غيرَ عشرةِ دنانيرَ ـ عتقَ نصيبُ المعتِقِ عَنِ السائلِ .

قالَ ٱبنُ الحدّادِ : ويعتَقُ نصيبُ شريكِ المعتِقِ عَنِ السائلِ أَيضاً ؛ لأَنَّه واجِدٌ لقيمةِ نصيبِهِ ـ وهيَ العشرةُ ـ ثمَّ يتضاربُ المعتِقُ وشريكُهُ في العشرةِ التي للسائلِ علىٰ قَدْرِ حقَّيهِما لكلِّ واحدٍ منهُما نصفُها .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : وهٰذا علىٰ **القولِ المشهور** : أَنَّ نصيبَ الشريكِ يعتقُ بنفسِ اللفظِ . فأَمّا إِذا قُلنا : إِنَّه لا يعتقُ إِلاَّ بدفعِ القيمةِ . . فإِنَّه يعتقُ منهُ بقَدْرِ ما يؤدِّي إِليهِ .

فأَمّا إِذا قالَ السائلُ : أَعتِقْ عنِّي نصيبَكَ مِنْ هٰذا العبدِ علىٰ هٰذهِ العشرةِ ، وعيَّنها وأَشارَ إِليها ، فأَعتقَهُ . . عتقَ عَنِ السائلِ ، ولَم يعتقْ نصيبُ الشريكِ ؛ لأَنَّ العشرةَ قدْ ملكَها المعتِقُ ولا مالَ للسائلِ غيرُها .

مسألةٌ : [عتق بعض العبد عتقٌ لكلِّه] :

وإنْ مَلكَ عبداً ، فأَعتقَ بعضَهُ . . سرىٰ العتقُ إلىٰ باقيهِ ؛ لأنَّه موسِرٌ بهِ .

وإنْ كانَ عبدٌ بينَ ٱثنينِ نصفينِ ، فقالَ أَحدُهما لَه : إنْ كانَ هٰذا الطائرُ غراباً ، فنصيبي منكَ حرٌّ ، وقالَ الآخَرُ : إنْ لَم يكنْ غراباً ، فنصيبي منكَ حرٌّ ، فطارَ ولَم يُعرَفْ . . قالَ ٱبنُ الحدّادِ :

فإنْ كانا معسِرينِ . . فالعبدُ باقٍ علىٰ مِلكِهما ؛ لأَنَّ عتقَ نصيبِ أَحدِهما لَم يتعيَّنْ .

فإنْ باعَ أَحدُهما نصيبَهُ مِنْ رجلٍ ، وباعَ الآخَرُ نصيبَهُ مِنْ آخَرَ . . فلكلِّ واحدٍ مِنَ المشترِيينِ أَنْ يتصرَّفَ فيما ٱشتراهُ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما قائمٌ مقامَ مَنِ ٱشترىٰ منهُ .

وإنْ باعا نصيبَيهما مِنْ واحدٍ . . قالَ ٱبنُ الحدّادِ :

عتقَ علىٰ المشتري نصفُهُ ؛ لأنَّه قَدْ تيقَّنَ أَنَّ نصفَهُ حرٌّ ، فلا يكونُ لَه أَنْ يتصرَّفَ في جميعهِ .

وعلىٰ قياسِ قولِ ٱبنِ الحدّادِ : إذا ٱشترىٰ أَحدُهما نصيبَ الآخَرِ . . عتقَ علىٰ المشتري نصفُهُ ؛ لأَنّا نتيقَّنُ أَنَّ أَحدَ النصفينِ حرٌّ بيقينٍ .

وإنْ كانا موسِرَينِ ، فإنْ قُلنا : إنَّ العتقَ يَسري باللَّفظِ . . عتقَ جميعُهُ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يعترفُ أَنَّ عتقَ شريكهِ يسري إلىٰ نصيبهِ . ولا يجبُ لأَحدِهما علىٰ الآخَرِ شيءٌ ؛ لأنَّه لا يُقبَلُ قولُه علىٰ صاحبهِ في ٱستحقاقِ حقٍّ لَهُ عليهِ .

وإنْ قُلنا : لا يَسري إلاّ بأَداءِ القيمةِ . . لَم يعتقِ العبدُ ، ولا يجوزُ لأَحدِهما بيعُ نصيبهِ ولا هبتُهُ ؛ لأنَّه قدِ ٱستحقَّ عتقَهُ ، وهلْ يجوزُ لَه عتقُهُ ؟ فيهِ وَجهانِ ، مضىٰ ذكرُهما .

وإنْ كانَ أَحدُهما موسِراً والآخَرُ معسِراً . . عتقَ نصيبُ المعسِرِ ؛ لأَنَّ قولَهُ يتضمَّنُ أَنَّ صاحبَهُ حانثٌ في يمينهِ وأَنَّ نصيبَهُ حرٌّ ، فإنْ كانَ موسِراً . . سرىٰ العتقُ في نصيبهِ ، وهٰذا إذا قُلنا : إنَّ السِّرايةَ تقعُ باللَّفظِ .

وإنْ قُلنا : لا تقعُ إلا بدفعِ القيمةِ . . لَم يُعتقْ نصيبُ المعسِرِ أيضاً ولٰكنْ لا يصحُّ بيعُهُ ولا هبتُهُ ، وهلْ يصحُّ عتقُهُ ؟ علىٰ الوجهينِ .

فرع : [علق أحد الشريكين عتق نصيبه علىٰ بيع شريكه شقصه] :

وإنْ كانَ عبدٌ بينَ ٱثنينِ ، فقالَ[1] أحدُهما : إنْ بعتَ نصيبَكَ[2] مِنَ العبدِ فنصيبي حرٌّ ، وقالَ الآخرُ : إنِ ٱشتريتُ نصيبَ شريكي فنصيبي حرٌّ ، ثمَّ ٱشترىٰ نصيبَ شريكهِ . . فقدْ حنثا جميعاً ، وعتقَ علىٰ كلِّ واحدٍ منهُما نصيبُهُ ، ولا يُقوَّمُ علىٰ أحدِهما نصيبُ شريكهِ ؛ لأنَّ عتقَهُما وَقعَ في حالةٍ واحدةٍ .

وإنْ كانَ لرجلٍ عبدٌ ، فقالَ : إنْ بعتُهُ فهوَ حرٌّ ، وقالَ الآخرُ : إنِ ٱشتريتُهُ فهوَ حرٌّ ، فٱشتراهُ منهُ . . عتقَ علىٰ البائعِ دونَ المشتري ؛ لأنَّ المشتريَ عقدَ الصفةَ وهوَ لا يملِكُهُ ، فلم يصحَّ ، والبائعَ عقدَ الصفةَ وهوَ يملِكُهُ . فإذا وُجِدَ الإيجابُ والقبُولُ . . فقدْ وُجدَتِ الصفةُ ، وهوَ يملِكُ عتقَهُ لثبوتِ الخيارِ بينهُما ، فوقعَ عليهِ العتقُ بالصفةِ .

وإنْ قالَ لعبدِهِ : إذا بعتكَ بيعاً فاسداً فأنتَ حرٌّ ، فباعَهُ بيعاً فاسداً . . قالَ الطبريُّ : لَم يعتقْ .

وقالَ المزنيُّ : يعتقُ .

مسألةٌ : [شركاء في عبد أعتق اثنان نصيبهما] :

إذا كانَ عبدٌ بينَ ثلاثةِ أنفُسٍ لأحدِهمُ النصفُ ، ولآخرَ الثُّلثُ ، ولآخرَ السدسُ ، فأعتقَ صاحبُ النصفِ وصاحبُ السدسِ نصيبَهُما في حالةٍ واحدةٍ بأنْ أعتقا وٱتَّفقَ لفظُهما ، أو وكَّلا وَكيلاً فأعتقَ عنهُما بكلمةٍ وهُما موسِرانِ . . قُوِّمَ عليهِما نصيبُ شريكِهِما ، وكيفَ يقوَّمُ عليهِما ؟ فيهِ طريقانِ ، ومِنْ أصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أحدُهما : يقوَّمُ بينهُما نصفينِ .

---

(١) في نسخ : (فقال له) .

(٢) في نسختين : (نصيبي) .

والثاني : يُقوَّمُ علىٰ قَدْرِ المِلْكَينِ ، كالقولينِ في الشُّفعاء . وهوَ قولُ مالكٍ ؛ لأَنَّ لَه فيهِ روايتينِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : يقوَّمُ عليهِما نصفينِ قولاً واحداً . وهٰذهِ طريقةُ الشيخِ أَبي حامدٍ **وأَكثرِ أَصحابِنا** ؛ لأَنَّ إِعتاقَ النصيبِ إِتلافٌ لرقِّ الباقي ، فإِذا ٱشتركا في الإِتلافِ . . ٱستويا[1] في الضمانِ وإِنِ ٱختلفا في سببِ الإِتلافِ ، كما لَو جرَحَ رجلٌ رجلاً جراحةً ، وجرحَهُ آخَرُ جِراحاتٍ وماتَ .

وإِنْ كانَ أَحدُهما موسِراً والآخَرُ معسِراً . . قُوِّمَ نصيبُ صاحبِ الثُّلثِ علىٰ الموسِرِ منهُما ؛ لأَنَّ عتقَ المعسِرِ لا يَسري .

مسأَلةٌ : [أدعىٰ أحد الشريكين بعتقهما ، وأنكره الآخر] :

إِذا قالَ أَحدُ الشريكينِ في العبدِ : أَعتقتُ أَنا وأَنتَ العبدَ في حالةٍ واحدةٍ ، وقالَ الآخَرُ : أَمّا أَنا فما أَعتقتُ نصيبي . . كانَ القولُ قولَ المنكِرِ معَ يَمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الإِعتاقِ ، فإِذا حلفَ . . ثبتَ أَنَّه لَم يعتقْ ، ويعتقُ نصيبُ المقِرِّ بإِقرارهِ .

وإِنْ كانَ معسِراً . . بقيَ نصيبُ الحالفِ[2] رقيقاً .

وإِنْ كانَ المقِرُّ موسِراً . . قُوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكهِ ، وعتقَ عليهِ ، ويكونُ ولاءُ نصيبِ المُقِرِّ[3] لَه ، وأَمَا وَلاءُ نصيبِ المنكِرِ . . فإِنَّه يكونُ موقوفاً بينهُما ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما لايدَّعيهِ ويقرُّ بهِ لصاحبهِ .

فإِنْ ماتَ العبدُ المعتَقُ قَبْلَ موتِ المنكِرِ وخلَّفَ مالاً . . فللمقِرِّ أَنْ يأْخذَ مِنْ تَركتهِ قَدْرَ مَا دَفعَ إِلىٰ شريكهِ مِنَ القيمةِ ؛ لأَنَّه يستحقُّهُ بكلِّ حالٍ ، ويوقَفُ الباقي بينَهُما إِلىٰ أَنْ يصطلِحا عليهِ ، أَو يدَّعيَهُ أَحدُهما فيأْخذَهُ .

وإِنْ ماتَ العبدُ بعدَ موتِ المنكِرِ . . فليسَ للمقرِّ أَنْ يأْخذَ مِنْ تَركتهِ قَدْرَ ما دَفعهُ مِنَ

---

(١) في نسخة : (اشتركا) .
(٢) في (م) : (الآخر) .
(٣) في (م) : (المعسر) .

الثمنِ مادامَ مقيماً علىٰ إقراره الأوّلِ ؛ لأنّه يقرُّ بمالِ المعتقِ لعَصبَةِ المنكرِ ، ويقرُّ أنّهم لَم يَظلِموهُ وإنّما ظلَمَهُ المنكِرُ .

وإنْ قالَ كلُّ واحدٍ منهُما : أَعتقَ شريكي نصيبَهُ ، وأنكرَ كلُّ واحدٍ منهُما ، وهما موسِرانِ . . حلَفَ كلُّ واحدٍ منهُما أنّه لَم يعتقْ نصيبَهُ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الإعتاقِ ، وعتقَ جميعُ العبدِ إذا قُلنا : تقعُ السِّرايةُ باللفظِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يقرُّ بعتقِ نصيبهِ علىٰ شريكهِ[1] ، ويكونُ الولاءُ موقوفاً بينهُما .

وإنْ كانا معسِرَينِ . . لَم يعتقْ شيءٌ مِنَ العبدِ فإنِ اشترىٰ أَحدُهما نصيبَ شريكهِ . . عَتقَ عليهِ ما اشتراهُ ؛ لأنّه مقرٌّ بحرِّيّتهِ .

وإنْ كانَ أَحدُهما موسِراً والآخرُ معسِراً . . عتقَ نصيبُ المعسِرِ إذا قُلنا : تقعُ السِّرايةُ باللفظِ ؛ لأنّه مقرٌّ بعتقِ نصيبهِ علىٰ صاحبهِ ، ولا يَعتقُ نصيبُ الموسِرِ ؛ لأنَّ عتْقَ المعسِرِ لا يَسري . فأمّا إذا قُلنا : لا يَسري العتقُ إلاّ بدفعِ القيمةِ . . لَم يَعتقْ مِنَ العبدِ شيءٌ .

فرعٌ : [عبد بين ثلاثة فشهد اثنان علىٰ الثالث بعتق نصيبه] :

وإنْ كانَ عبدٌ بينَ ثلاثةِ رجالٍ ، فشَهِدَ رجلانِ منهُم علىٰ الثالثِ أنّه أَعتقَ نصيبَهُ وأنكرَ ذٰلكَ المشهودُ عليهِ ، فإنْ كانَ المشهودُ عليهِ معسِراً . . قُبلَتْ شهادتُهما عليهِ وعتقَ نصيبُهُ لا غيرَ ؛ لأنّهما لا يَجرّانِ بهٰذهِ الشهادةِ إلىٰ أنفسِهما نفعاً ولا يدفعانِ عنهُما بها ضرراً . وإنْ كانَ موسِراً . . لَم تُقبَلْ شهادتُهما عليهِ ؛ لأنّهما يَجُرّانِ بهٰذهِ الشهادةِ إلىٰ أنفسِهما نفعاً وهوَ التقويمُ عليهِ .

فإنْ قُلنا : تقعُ السِّرايةُ باللفظِ . . عتقَ نصيبُهما ؛ لأنَّ شهادتَهما تضمَّنتِ الإقرارَ بهِ .

وإنْ قُلنا : لا تقعُ السِّرايةُ إلاّ بدفعِ القيمةِ . . لَم يعتقْ نصيبُهما ، ولا يجوزُ لَهما بيعُهُ ، وهلْ يجوزُ لَهما عتقُهُ ؟ علىٰ وَجهينِ .

---

(١) في (م) : (صاحبه) .

ولِلشاهدَينِ أَنْ يُحلِّفا المنكِرَ أَنّه لَم يَعتِقْ نصيبَهُ ؛ لجوازِ أَنْ يُقِرَّ . فإنْ نكلَ عَنِ اليمينِ . . حَلفا ووَجبَت عليهِ قيمةُ نصيبِهِما .

فرعٌ : [رجوع الشاهدين عن قولهما : أعتق شقصاً] :

وإنْ شهِدَ شاهدانِ علىٰ رجلٍ أَنّه أعتَقَ شِقصاً لَه من عبدٍ وهوَ موسِرٌ ، فقوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكهِ ، ثمَّ رجعَ الشاهدانِ . . قالَ ٱبنُ الحدّادِ : رجعَ المشهودُ عليهِ علىٰ الشاهدينِ بقيمةِ نصيبهِ ، ولا يَرجعُ عليهِما بما غَرِمَ لِشريكهِ مِنَ القيمةِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : أَمّا نصيبُ المشهودِ عليهِ : فيرجعُ عليهِما بقيمتهِ ؛ لأَنّهما أَتلفاهُ عليهِ .

وأَمّا ما غَرِمَهُ مِنْ قيمةِ نصيبِ شريكهِ . . فهلْ يرجعُ عليهِما بهِ ؟ فيهِ قولانِ ، كما لَو شهِدا عليهِ بمالٍ في يدهِ أَو في ذمَّتهِ ، ثمَّ رَجعا . . **المشهورُ** : أَنّه لا يَرجعُ عليهِما ، فأَجابَ ٱبنُ الحدّادِ علىٰ المشهورِ : قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : إلاَّ أَنَّ الصحيحَ عندي أَنّه يَرجعُ عليهِما بهِ أَيضاً .

مسأَلةٌ : [أَعتق شقصين أَحدهما بعد الآخر في مرض موته] :

إِذا أَعتقَ في مرضِ موتهِ شِقصينِ لَه مِنْ عبدينِ لَه شريك فيهما أَحدَهما بعدَ الآخَرِ : فإنِ ٱحتملَ الثُّلثُ عتْقَ الشِّقصينِ وتقويمَ باقيهِما . . عتقَ عليهِ الشِّقصانِ بالمباشَرةِ ، وباقي العبدينِ بالسِّرايةِ والتقويمِ .

وإنْ لَم يحتملِ الثُّلثُ إلاّ عتْقَ الأَوّلِ وتقويمَ باقيهِ . . قدِّمَ تقويمُ باقي الأَوّلِ علىٰ عتْقِ الثاني .

فإنِ ٱحتملَ الثُّلثُ عتْقَ الشقصِ الأَوّلِ وتقويمَ باقيهِ ، والشقصَ الثاني دونَ تقويمِ باقيهِ . . عتقَ جميعُ العبدِ الأَوّلِ عليهِ بالمباشَرةِ والسِّرايةِ ، والشِقصُ الثاني ، ولا يُقوَّمُ باقي الثاني عليهِ .

وإنَّما قدَّمنا تقويمَ باقي الأَوّلِ علىٰ الشقصِ الثاني ؛ لأَنّا إنْ قُلنا : إنَّ السِّرايةَ تقعُ

باللفظِ . . فقدْ سَبَقَ عتْقُ باقي الأوَّلِ . وإنْ قُلنا : لا تقعُ إلاّ بدفعِ القيمةِ . . فقدِ ٱستحقَّ إعتاقَ بقيَّتِهِ في الثُّلثِ قَبْلَ الثاني .

وإنْ أَعتقَ الشِّقصينِ في حالةٍ وَاحدةٍ . . عتقَ الشِّقصانِ وقُوِّمَ باقي العبدينِ عليهِ إِنِ ٱحتملَهُما الثُّلثُ . وإنْ لَم يحتملِ الثُّلثُ إلا عتقَ الشِّقصينِ . . عتقَ الشِّقصانِ لا غيرَ ورُقَّ باقي العبدينِ .

وإنْ لَم يحتملِ الثُّلثُ إلاّ عتقَ أَحدِ الشِّقصينِ . . أُقرِعَ بينهُما .

وإنْ خَرجَ الشِّقصانِ مِنَ الثُّلثِ وباقي أَحدِ العبدينِ لا غيرَ . . ففيهِ وَجهانِ :

قالَ ٱبنُ الحدّادِ : عتقَ الشِّقصانِ ، وقُسِّمَ الباقي مِنَ الثُّلثِ بينهُما ؛ لأنَّه ليسَ أَحدُهما بأَولىٰ مِنَ الآخرِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يعتقُ الشِّقصانِ ، ثمَّ يُقرَعُ بينَهُما فيما بقيَ مِنَ الثُّلثِ بعدَ الشِّقصينِ ، كَما إذا أَعتقَ عبدينِ . . فخرجَ أَحدُهما مِنَ الثُّلثِ . **والأوَّلُ أَصحُّ** .

مسأَلَةٌ : [يعتبر الثلث في عتق عبد بمرض موته] :

إذا أَعتقَ عبداً لَه في مرضِ موتهِ . . فقدْ ذكرنا أَنَّ قيمتَهُ تُعتبرُ مِنْ ثُلثِ مالهِ .

وقالَ مسروقٌ : تُعتبرُ مِنْ رأْسِ مالهِ ، كما لَو أَتلفَ شيئاً مِنْ مالهِ .

دليلنا : حديثُ عمرانَ بنِ الحُصينِ في : (الرَّجلِ الذي أَعتقَ ستَّةَ أَعبُدٍ لَه في مرضِ موتهِ ، فأَقرعَ النبيُّ ﷺ بينهُم ، فأَعتقَ ٱثنينِ ، وأَرقَّ أَربعةً)[١] .

وإنْ أَعتقَ شِركاً لَه في عبدٍ في مرضِ موتهِ . . عتقَ نصيبُهُ مِنْ ثُلثِ تركَتهِ ، وقُوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكهِ إنِ ٱحتملَهُ الثُّلثُ .

وحُكيَ عَنْ أَحمدَ بنِ حنبلٍ : أَنَّه قالَ : (لا يُقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ) .

---

(١) سلف ، وأخرجه عن عمران بن الحصين الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٢٢٠) في العتق ، ومسلم (١٦٦٨) في الأيمان .

دليلنا : أنَّه موسِرٌ بقيمةِ نصيبِ شريكهِ ولا يتعلَّقُ بهِ حقُّ أحدٍ فقوِّمَ عليهِ ، كعتقِ الصحيحِ .

وإنْ أوصىٰ بعتق شِركٍ لَه في عبدٍ ، أو بعتقِ بعضِ عبدٍ لَه . . أُعتِقَ عليهِ[1] ، ولا يُقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ ، ولا يَسري إلىٰ عتقِ باقي العبدِ سواءٌ ٱحتملَهُ الثُّلثُ أو لَم يحتملْهُ ؛ لأنَّ مِلكَهُ يَزولُ عَنْ مالهِ إلا عَنِ القَدْرِ الذي أوصىٰ بهِ ، فصارَ كالمعسِرِ إذا أعتقَ شِركاً لَه في عبدٍ .

وإنْ أوصىٰ بعتقِ شِقصٍ لَه مِنْ عبدٍ وأوصىٰ أنْ يعتقَ عليهِ نصيبُ شريكهِ فإنِ ٱحتملَهُ الثُّلثُ أُعتقَ عليهِ نصيبُ شريكهِ ودُفعَتْ قيمتُهُ إلىٰ شريكهِ ؛ لأنَّ لَه التصرُّفَ في الثُّلثِ بما فيهِ قُربةٌ .

قالَ القاضي أبو الطيِّبِ في « المجرَّدِ » : عندي أنَّه إنَّما تُقوَّمُ حصَّةُ الشريكِ إذا رضيَ الشريكُ بذٰلكَ ، ولا تُقوَّمُ إذا لَم يرضَ ؛ لأنَّ التقويمَ لَم يجبْ علىٰ الموصي وإنَّما وَجبَ بالوصيَّةِ ، فجرىٰ ذٰلكَ مجرىٰ المعسِرِ إذا أعتقَ شِقصاً لَه في عبدٍ ثمَّ أيسرَ ، فإنَّه لا يُقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ إلاَّ برضاهُ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وأصحابُنا أطلقوا ذٰلكَ ، وما قالوهُ لَه وَجهٌ صحيحٌ ؛ لأنَّ التقويمَ لا يجبُ ؛ لأنَّ العتقَ وَقعَ حالَ زوال مِلكِ الميِّتِ عَنِ المالِ ، فجرىٰ ذٰلكَ مجرىٰ المعسِرِ إذا أعتقَ شِقصاً لَه مِنْ عبدٍ .

فأمَّا إذا أوصىٰ بتكميلهِ . . كانتْ قيمتُهُ باقيةً كالباقيةِ علىٰ حكمِ مِلكهِ ، فصارَ كالموسِرِ إذا أعتقَ ، وهٰكذا لَو قالَ : إذا متُّ فنصيبي حرٌّ . . عتقَ نصيبُهُ إنْ خرجَ مِنَ الثُّلثِ ولَم يسرِ إلىٰ نصيبِ شريكهِ .

فرعٌ : [أوصىٰ بعتق شقصين من عبدين] :

إذا كان لَه شِقصان مِنْ عبدينِ فأوصىٰ بعتقِهِما بعدَ موتهِ ، وبأنْ يُكمَّلَ باقي عتقِ العبدينِ مِنَ الثُّلثِ ، فإنِ ٱحتملَهُما الثُّلثُ . . أُعتِقا عنهُ ، وإنْ لَم يحتملِ الثُّلثُ إلاَّ قيمةَ

---

(١) في (م) : (عنه) في موضعين .

باقي أَحدِهما . . قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : أُقرِعَ بينَهُما ولا يُقسَّمُ بينهُما ؛ لأَنَّ الموصيَ قصدَ تكميلَ العتقِ فيهما ، فإذا لَم يُمكنْ ذٰلكَ فيهما . . كانَ في أَحدِهما .

وإِنْ كانَ لَه ثلاثةُ أَعبُدٍ لا مالَ لَه غيرُهُم ، وقيمتُهُم سواءٌ ، فقالَ : نصفُ كلِّ واحدٍ منكُم حرٌّ بعدَ موتي ، ولَم تُجزِ الورثةُ :

قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : أُقرِعَ بينهُم ، وهو بأَنْ يُكتبَ في رُقعةٍ عتقٌ ، وفي رُقعةٍ رِقٌّ ، ويُخرجَ إِحدىٰ الرقعتينِ علىٰ واحدٍ منهُم ، فإِنْ خَرجتْ عليهِ رقعةُ الرقِّ . . رقَّ جميعُهُ وعتقَ مِنْ كلِّ واحدٍ مِنَ الآخَرينِ نصفُهُ . وإِنْ خَرجتْ علىٰ الأَوَّلِ رقعةُ العتقِ . . عتقَ نصفُهُ ، ثمَّ تعادُ القُرعةُ بينَ الآخَرينِ ، فمَنْ خَرجتْ عليهِ رقعةُ العتقِ . . عتقَ نصفُهُ ورقَّ نصفُهُ وجميعُ الآخَرِ ؛ فيعتقُ نصفا عبدينِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : وهٰذهِ لا يَختلفُ فيها أَصحابُنا ، ودلَّ هٰذا علىٰ أَنَّ المعتِقَ إِذا فرَّقَ العتقَ في شخصينِ . . لَم يُجمَعْ في شخصٍ واحدٍ .

فإِنْ كانَ لَه عبدانِ سالمٌ وغانِمٌ ، وقيمتُهُما سواءٌ ، فقالَ : إِذا متُّ فنصفُ سالمٍ حرٌّ ، وثُلثُ غانمٍ حرٌّ ، فماتَ ولا مالَ لَه غيرُهما ، ولَم تُجزِ الورثةُ . . فقدْ زادَ علىٰ الثُّلثِ سدسُ أَحدِهما.

قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : فيُقرَعُ بينهُما ، فيُكتبُ في رقعةٍ عتقٌ و في رقعةٍ رِقٌّ ، ويُخرجُ إِحداهُما علىٰ أَحدِهما ، فإِنْ خرجتْ رُقعةُ العتقِ علىٰ أَحدِهما . . عتقَ منهُ ما أَعتقَ لا غيرَ وتُمِّمَ الثُّلثُ مِنَ الثاني . فإِنْ خَرجتْ رُقعةُ[1] العتقِ علىٰ سالمٍ عتقَ نصفُهُ وعتقَ مِنْ غانمٍ سُدسُهُ . وإِنْ خَرجتْ رقعة العتقِ علىٰ غانمٍ . . عتقَ ثُلثُهُ وعتقَ مِنْ سالمٍ ثُلثُهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ قَدْرُ الثُّلثِ .

وإِنْ كانَ لَه ثلاثةُ أَعبُدٍ لا مالَ لَه غيرُهم ، فقالَ في مرضِ موتهِ : أَثلاثُكُم أَحرارٌ . . عتقَ ثُلثُ كلِّ واحدٍ منهُمُ ـ ٱتَّفقتْ قيمتُهُم أَوِ ٱختلفت ـ ولا يُقرَعُ بينهُم ؛ لأَنَّه عيَّنَ العتقَ ولَم يَزدْ علىٰ الثُّلثِ .

---

(١) في (م) : (قرعة) في الموضعين .

وإن قالَ : ثلثُكُم حرٌّ ، أَو ثُلثُ هؤُلاءِ حرٌّ . . قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : فإنَّ الظاهرَ مِنْ هٰذا الكلامِ أنّه أَعتقَ واحداً منهُم لا بعينهِ فيُقرعُ بينهُم ، ويَعتقُ واحدٌ منهم ويَرقُّ آثنانِ .

فرعٌ : [عتق نصيبه عند موته وأوصىٰ بالباقي من ثلثه وكذا شريكه] :

إذا كانَ عبدٌ بينَ شريكينِ فقالَ أَحدُهما : نصيبي مِنْ هٰذا العبدِ حرٌّ بعدَ موتي ، ويُستتَمُّ عتقُ باقيهِ مِنْ ثُلثِي ، وقالَ شريكُهُ : إذا ماتَ شريكي فنصيبي حرٌّ مِنْ هٰذا العبدِ ، فماتَ الأوَّلُ . . قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : عتقَ العبدُ عليهِما ، ولَم يُقوَّمْ نصيبُ أَحدِهما علىٰ الآخرِ ؛ لأنَّ عتقَ نصيبَيْهِما وقعَ فيْ حالةٍ واحدةٍ .

وإنْ قالَ أَحدُهما : نصيبي حرٌّ بعدَ موتي ، ويُستتمُّ عتقُ نصيبِ شريكي مِنْ ثُلثي ، وقالَ الثاني : إذا عتقَ نصيبُ شريكي فنصيبي حرُّ ، فماتَ الأوَّلُ . . قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : فإنَّ الوصيَّةَ بالتقويمِ صحيحةٌ ؛ لأنَّ عتقَ الموصي يتقدَّمُ وعتقَ شريكهِ يتعقَّبُهُ ، فوَجبَ التقويمُ عليهِ .

فرعٌ : [أعتق أحدهما نصيبه من حمل جاريتهما] :

وإنْ كانَ بينَ نَفْسَينِ جاريةٌ حاملٌ مِنْ نكاحٍ أَو زنىً ، فأَعتقَ أَحدُهما نصيبَهُ مِنْ الحَمْلِ : فإنْ أَسقطتْهُ حيّاً . . عتقَ عليهِ وقُوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكهِ إنْ كانَ موسِراً بهِ . وتجبُ قيمتُهُ يومَ الإسقاطِ ؛ لأنّه أَوَّلُ حالةٍ يُمكنُ تقويمُهُ فيها .

وإنْ أَسقطَتهُ ميّتاً مِنْ غيرِ ضربٍ . . لَم يجبْ علىٰ المُعتِقِ لشريكهِ شيءٌ ؛ لأنّه لا يَعلمُ أَنَّ العتقَ صادفَهُ وهوَ حيٌّ .

وإن ضَربَها ضارِبٌ فأَسقطَتهُ ميّتاً . . وَجبَ علىٰ الضاربِ غرَّةُ عبدٍ أَو أَمَةٍ ؛ لأنَّ الظاهرَ أنّه تلِفَ بالضربِ .

قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : ويجبُ علىٰ المُعتِقِ لشريكهِ نصفُ عُشرِ قيمةِ الأُمِّ ؛ لأنّه ضَمِنَ نصيبَ شريكهِ بالإعتاقِ ، وقيمةُ نصيبهِ لَو كانَ مملوكاً نصفُ عُشرِ قيمةِ أُمِّهِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يجبُ عليهِ أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ نصفِ عُشرِ قيمةِ أُمِّهِ أَوِ الغُرَّةِ .
والأَوَّلُ أَصحُّ .

مسأَلةٌ : [قال لعبده : وهبتك أو ملكتك نفسك] :

قالَ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : لَو قالَ لعبدِهِ : وَهبتُكَ نفْسَكَ ، أَو ملَّكتُكَ نفسَكَ . . أفتقرَ إلىٰ القَبُولِ ليعتقَ .

وإِنْ قالَ لأَمتِهِ : إذا وَلدتِ ولداً فهوَ حرٌّ ، فوَلدتْ وَلداً حيّاً . . عتقَ . وإِنْ وَلدتْ بعدَهُ وَلداً آخَرَ . . لَم يعتقْ ؛ لأَنَّ لَفظَهُ لا يقتضي التكرارَ . وإِنْ وَلدتْ وَلداً ميتاً ، ثمَّ وَلدتْ وَلداً حيّاً . . قالَ ٱبن الصبَّاغِ : **فالذي يقتضيهِ المذهبُ** : أَنَّ الثانيَ لا يعتقُ . وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ومحمَّدٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يعتقُ ؛ لأَنَّ العتقَ يَستحيلُ في الميتِ فيعلَّقُ بالحيِّ) .

ودليلنا : أَنَّ شَرطَ العتقِ وُجِدَ بالأَوَّلِ ، بدليلِ : أَنَّه لَو عَلَّقَ بهِ عتقَها . . لعَتقَتْ لِولادةِ الميِّتِ فٱنحلَّتِ اليمينُ بهِ ، كَما لَو قالَ : إِنْ دخلتُ الدارَ فأَنتَ حرٌّ ، فباعَهُ ثمَّ دَخلَ .

فرعٌ : [حلف بعتقه فحنث] :

وإِنْ كانَ عبدُهُ مقيَّداً ، فحلَفَ سيِّدُهُ بعتقهِ أَنَّ في قيدِهِ عشرةَ أَرطالٍ ، وحلَفَ بعتقهِ لا أَحلُّهُ ولا أَحدٌ مِنَ الناسِ ، فشهدَ شاهدانِ أَنَّ في قيدهِ خمسةَ أَرطالٍ ، فحكمَ الحاكمُ بعتقهِ لِحنثهِ في يمينهِ أَنَّ في قيدهِ عَشرةَ أَرطالٍ ، فوُزِنَ القيدُ بعدَ حَلِّهِ ، فوُجِدَ فيهِ عَشرةُ أَرطالٍ . . فإِنَّ العبدَ يعتقُ ، وهلْ يجبُ علىٰ الشاهدينِ شيءٌ ؟

قالَ أَبو حنيفةَ : (يجبُ علىٰ الشاهدينِ قيمةُ العبدِ) .

وقالَ أَبو يوسفَ ومحمَّدٌ : لا يجبُ عليهِما شيءٌ ، قالَ ٱبنُ الصبّاغ : **وهوَ الصحيحُ** .

فبنىٰ أَبو حنيفةَ ذٰلكَ علىٰ أَصلهِ ، بأَنَّ حكمَ الحاكمِ ينفذُ في الباطنِ وإِنْ كانَ بشهادةِ الزُّورِ ، ووَجهُ الآخَرِ : أَنَّه عتقَ بحلِّ القيدِ دونَ ما شهدا بهِ ؛ لأَنَّا تحقَّقنا كذبَهُما .

فرعٌ : [شهدا بعتق عبد ورجعا ثم شهد آخران بعتق غيره] :

وإنْ شهدَ شاهدانِ أَنَّ رجلاً أَوصىٰ بعتقِ عبدٍ عيَّناهُ ، وقيمتُهُ ثُلثُ تركتهِ ، فحكمَ الحاكمُ بشهادتِهِما بعدَ موتِ المُوصي ، ثمَّ رجعا عَنِ الشهادةِ ، وشهدَ آخَرانِ أَنَّ الموصيَ أَوصىٰ بعتقِ عبدٍ آخَرَ عيَّناهُ ، وقيمتُهُ قدرُ ثُلثِ تركتهِ ، وحُكِمَ بشهادتِهِما . . أُقرِعَ بينَ العبدينِ ؛ لأَنَّه قدْ ثبتَ أَنَّ الميِّتَ أَوصىٰ بعتقِهِما ، ورُجوعُ الشاهدَينِ لا يُقبَلُ في نقضِ الحُكمِ .

فإنْ خرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ الأَوَّلِ . . عَتَقَ ورقَّ الثاني ، ووَجبَ علىٰ الشاهدَينِ الراجعَينِ قيمةُ العبدِ لِورثةِ المعتقِ ؛ لأَنَّه تَلِفَ بشهادتِهِما ، وقدْ أَقرَّا ببطلانِها . وإنْ خرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ الثاني . . عَتَقَ ورقَّ الأَوَّلُ ، ولَم يجبْ علىٰ الشاهدَينِ الراجعَينِ لِلورثةِ شيءٌ ؛ لأَنَّهما لَم يُتلِفا بشهادتِهِما شيئاً .

مسأَلةٌ : [أعتق عبداً بعينه ثم أشكل عليه أمر] :

إذا كانَ لَه أَعبُدٌ فأَعتقَ واحداً منهُم بعينهِ ، ثمَّ أَشكلَ عليهِ . . أُمرَ بأَنْ يتذكَّرَ وينفقَ عليهِم إِلىٰ أَنْ يتبيَّنَ ، فإنْ قالَ : الذي كنتُ قدْ أَعتقتُهُ هوَ هٰذا . . حُكِمَ بعتقِهِ مِنْ حينِ العتقِ .

فإنْ قالَ آخَرُ مِنْ عبيدِهِ : بلْ أَنا الذي كنتَ أَعتقتَ ، فإنْ صادقَهُ . . حُكِمَ بعتقِهما ، وإنْ كذَّبهُ . . حلَفَ لَه ، وإنْ نكلَ عَنِ اليمينِ . . رُدَّتِ اليمينُ علىٰ الآخَرِ ، فإنْ حلَفَ . . حُكِمَ بعتقِه أَيضاً .

وإنْ قالَ : أَعتقتُ هٰذا ، لا ، بلْ هٰذا . . حُكِمَ بعتقِهما ؛ لأَنَّه لمَّا أَقرَّ للأَوَّلِ . . حُكِمَ بعتقِهِ ، فإذا رَجعَ عَنِ الأَوَّلِ وأَقرَّ للثاني . . لَم يُقبَلْ رُجوعُهُ عَنِ الأَوَّلِ وقُبِلَ إِقرارهُ للثاني .

فإنْ ماتَ قَبلَ أَنْ يُبيِّنَ ، فإنْ ذكرَ الوارثُ أَنَّه يعرفُ المعتَقَ منهُما . . رُجِعَ إِليهِ ، فإذا أَخبر بعتقِ واحدٍ . . قُبِلَ وحُكِمَ بعتقهِ ؛ لأَنَّه قائمٌ مقامَ مورِّثِهِ . وإنِ اتَّهمَهُ غيرُهُ . . حلَفَ لَه .

وإنْ قالَ الوارثُ : لا أَعرفُ المعتَقَ منهُم . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُقرَعُ بينهُم ؛ لأَنَّ أَحدَهم ليسَ بأَولىٰ مِنَ الآخَرِ .

والثاني : لا يُقرَعُ ، ولٰكنْ يُوقَفُ إِلىٰ أَنْ يتبيَّنَ ؛ لأَنَّ القُرعةَ ربَّما أَعتقتِ الرقيقَ ، وأَرقَّتِ العتيقَ . **والصحيحُ هوَ الأَوَّلُ** .

فرعٌ : [أعتق واحداً من جماعة ولم يعيِّنْه] :

وإنْ أَعتقَ واحداً منهُم لا بعينِهِ . . أُمِرَ بأَنْ يُعيِّنَ العتقَ فيمَنْ شاءَ منهُم ، فإنْ قالَ : أَعتقتُ هٰذا ، لا ، بلْ هٰذا . . أُعتقَ الأَوَّلُ دونَ الثاني ؛ لأَنَّ ذٰلكَ ٱختيارٌ لا إِخبارٌ . فإنِ ٱتَّهمَهُ الآخَرُ . . لَم يَحلِفْ لَه ؛ لأَنَّه لَو أَقرَّ للثاني لَم يُحكَمْ بعتقِهِ ، فلا معنى لتحليفهِ .

وإنْ ماتَ قَبْلَ أَنْ يُبيِّنَ . . فهلْ يُرجَعُ إِلىٰ الوارثِ ؟ فيه وَجهانِ :

أَحدُهما : لا يُرجَعُ إِليهِ ، بلْ يُقرَعُ بينَهُما ، كما لا يُرجَعُ إِليهِ إِذا طَلَّقَ واحدةً مِنْ نسائهِ لا بعينِها .

والثاني : يُرجَعُ إِليهِ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّه خيارٌ يتعلَّقُ بالمالِ فقامَ الوارثُ مقامَ المورِّثِ ، كخيارِ الردِّ بالعيبِ والشُّفعةِ . هٰذا نقلُ أَصحابِنا البغداديِّين .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإِبانة »] : هلْ يُرجَعُ إِلىٰ الوارثِ ؟ فيهِ قولانِ ، وٱختلفَ أَصحابُنا في موضعِ القولينِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : القولانِ فيهِ إِذا كان المعتِقُ قَدْ عيَّنَهُ بقلبِهِ ، فيجوزُ أَنْ يكونَ قَدْ أَخبرَ بهِ الوارثَ . فأَمَّا إِذا لَم يُعيِّنْهُ المعتِقُ بقلبهِ . . فلا يُرجَعُ إِلىٰ الوراثِ قولاً واحداً .

ومنهُم مَنْ قالَ : القولانِ إِذا لَم يُعيِّنْهُ المعتِقُ بقلبهِ . فأَمَّا إِذا كانَ قدْ عيَّنَهُ بقلبهِ . . فلا يُرجَعُ إِلىٰ الوارثِ قولاً واحداً ، بلْ يُقرَعُ بينهُم .

ومنهُم مَنْ قالَ : القولانِ في الجميعِ .

فرعٌ : [اختلاف قول الابن فيمن أعتق الأبُ في مرض موته] :

وإنْ ماتَ رجلٌ وخلَّفَ ابناً وثلاثةَ أعبُدٍ قيمتُهُم سواءٌ ، لا مالَ لَه غيرُهم ، فقالَ الابنُ : أَعتقَ أَبي هٰذا العبدَ في مرضِ موتهِ ، وأَشارَ إِلىٰ واحدٍ منهُم ، ثمَّ قالَ : لا ، بلْ أَعتقَ هٰذا وهٰذا بكلمةٍ واحدةٍ ، وأَشارَ إِلىٰ الأَوَّلِ وإِلىٰ آخَرَ معَهُ ، ثمَّ قالَ : لا بلْ أَعتقَ الثلاثةَ كلَّهُم بكلمةٍ واحدةٍ . . قالَ ابنُ الحدَّادِ :

عتقَ العبدُ الأَوَّلُ بإِقرارهِ الأَوَّلِ مِنْ غيرِ قُرعةٍ ، ثمَّ يُقرَعُ بينَ الأَوَّلِ وبينَ الثاني الذي أَشارَ إِليهِ معَهُ في الإِقرارِ الثاني لإِعتاقِ الثاني لا لإِرقاقِ الأَوَّلِ ، فإِنْ خَرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ الثاني . . عُتِقا ، وإِنْ خَرجتْ قُرعةُ العتقِ علىٰ الأَوَّلِ . . لَم يُعتَقِ الثاني بالإِقرار الثاني . ثمَّ تُعادُ القُرعةُ بينَ الثلاثةِ ، فإِنْ خَرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ الثالثِ . . عتقَ أَيضاً . وإِنْ خَرجتْ علىٰ الأَوَّلِ . . رقَّ الثالثُ والثاني إِنْ لَم يعتَقِ الثاني بالقُرعةِ الأُولىٰ . وإِنْ خَرجتْ قُرعةُ العتقِ علىٰ الثاني . . عتقَ ورَقَّ الثالثُ .

فرعٌ : [ترك ثلاثة بنين وثلاثة أعبد واختلفوا في معتق] :

وإِنْ ماتَ رجلٌ وخلَّفَ ثلاثةَ بنينَ وثلاثةَ أَعبُدٍ قيمتُهم سواءٌ ، ولا مالَ لَه غيرُهم ، فقالَ أَحدُ البنينَ : أَعتقَ أَبي هٰذا العبدَ في مرضِ موتهِ ، وقالَ آخَرُ : بلْ أَعتقَ أَبي هٰذا وهٰذا في مرضِ موتهِ بكلمةٍ واحدةٍ وأَشارَ إِلىٰ الذي أَشارَ إِليهِ الأَوَّلُ وإِلىٰ آخَرَ معَهُ ، وقالَ الثالثُ : بلْ أَعتقَ أَبي جميعَ الثلاثةِ في مرضِ موتهِ بكلمةٍ واحدةٍ :

قالَ ابنُ الحدَّادِ : فإِنَّ الأَوَّلَ يعتَقُ ثُلثُهُ بإِقرارِ الابنِ الأَوَّلِ ؛ لأَنَّه أَقرَّ بعتقهِ عليهِ وعلىٰ إِخوتهِ . . فقُبِلَ إِقرارُهُ في نصيبِ نفسِهِ دونَ نصيبِ إِخوتهِ ، ثمَّ يُقرَعُ بينَ العبدَينِ اللَّذَينِ أَشارَ إِليهما الابنُ الثاني ، فأَيُّهما خَرجتْ عليهِ قرعةُ العتقِ . . عتقَ ثُلثُهُ ؛ لأَنَّه قَدْرُ نصيبهِ ، ثمَّ يُقرعُ بينَ الأَعبُدِ الثلاثةِ لإِقرارِ الثالثِ ، فأَيُّهم خَرجتْ عليهِ قرعةُ العتقِ . . عتقَ عليهِ ثُلثُهُ ؛ لأَنَّه قَدْرُ نصيبِهِ ، ولا يقوَّمُ علىٰ المقرِّ باقي العبدِ ؛ لأَنَّ العتقَ لَم يقعْ بقولهِ ، وإِنَّما هوَ مُخبِرٌ عَنْ إِعتاقِ أَبيهِ ، والإِخبارُ واجبٌ عليهِ ، فلَمْ يجبْ عليهِ التقويمُ .

وإنْ كانتْ قيمةُ العبدِ الذي أَشارَ إليهِ الأَوَّلُ مئةً ، وقيمةُ الثاني الذي أَشارَ إليهِ الثاني معَ الأَوَّلِ مئتين ، وقيمةُ العبدِ الثالثِ ثلاثَ مئةٍ . . فإنَّ الأَوَّلَ يُعتَقُ ثُلثُهُ بإقرارِ الابنِ الأَوَّلِ ؛ لأنَّه لَم يقرَّ أنَّ أباهُ أعتقَ إلاَّ ما يساوي مئةً ، فلزمَهُ ثُلثُها .

فإذا أَقرَعْنا بينَ الأَوَّل والثاني لإقرارِ الثاني ، فإنْ خَرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ الأَوَّل . . عتقَ ثُلثُهُ وعتقَ مِنَ الثاني سُدسُهُ ، وقيمةُ ذٰلكَ ثلاثةٌ وثلاثونَ وثلثٌ ؛ لأَنَّه أَقرَّ أَنَّ أَباهُ أَعتقَ ما يساوي مئتينِ ، فلزمَهُ ثُلثُهما . وإنْ خَرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ الثاني . . عتقَ ثُلثُهُ .

فإذا أَقرعنا بينَ الثلاثةِ لإقرارِ الثالثِ ، فإنْ خَرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ الأَوَّلِ . . عتقَ ثُلثُهُ ثمَّ تُعادُ القرعةُ بينَ الثاني والثالثِ ، فإنْ خَرجتْ قرعةُ العِتقِ علىٰ الثاني . . عتقَ سُدسُهُ وهوَ تمامُ حِصَّتِهِ مِنَ الثُّلثِ . وإنْ خَرجتْ علىٰ الثالثِ بعدَ خروجِها علىٰ الأَوَّلِ . . عتقَ تسْعُهُ تمامَ حِصَّتهِ مِنَ الثُّلثِ . وإنْ خَرجتْ قرعةُ العتقِ في الإبتداءِ علىٰ الثالثِ . . عتقَ منهُ تُسْعاهُ . ولا يجبُ التقويمُ علىٰ ما مضىٰ في الأُولىٰ .

فرعٌ : [آختلاف قول الوارث والشهود في عين المعتَق] :

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : وإنْ شهدَ شاهدانِ أَنَّ رجلاً أَعتقَ قَبْلَ موتهِ عبداً لَه عيَّناهُ ، وقيمتُهُ قَدْرُ ثُلثِ تركتهِ ، وقالَ الوارثُ : لا ، بلْ أَعتقَ هٰذا ، وقيمتُهُ قَدْرُ ثُلثِ تركتهِ ، أَو كانتِ الشهادةُ والإقرارُ في الوصيَّةِ . . عتقَ العبدُ المشهودُ لَه بالشهادةِ ، ثمَّ يُقرَعُ بينَ المشهودِ لَه وبينَ الذي أَقرَّ لَه الوارثُ لبيانِ حكمِ المقرِّ لَه لا لإرقاقِ المشهودِ لَه ، فإنْ خَرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ المشهودِ لَه . . رَقَّ المقرُّ لَه ؛ لأَنَّه لا يجوزُ الزيادةُ علىٰ الثُّلثِ . وإنْ خَرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ المقرِّ لَه . . عتقَ بإقرارهِ وعتقَ الأَوَّلُ بالشهادةِ .

فرعٌ : [اختلاف قول الشهود في عين المعتَق] :

قالَ في « الأمِّ » : (وإنْ شهدَ شاهدانِ علىٰ ميِّتٍ أَنَّه أَعتقَ هٰذا العبدَ عتقاً بتاتاً[1] وهو يَخرجُ مِنَ الثُّلثِ ، وشهدَ آخرَانِ أَنَّه أَعتقَ عبداً آخرَ عتقاً بتاتاً . . سُئِلَ عَنِ الوقتِ ،

---

(١) بتاتاً ، يقال : لا أفعله بتةً ، والبتة ، وألبتة : قطعاً لا رجعة فيه .

فأيُّهما سَبَقَ بالعتقِ . . عتقَ ورَقَّ الثاني ، ولا قُرعةَ . وإنْ كانا في وَقتٍ واحدٍ ولَم يُعلَمْ . . أُقرعَ بينهُما ؛ لأنَّه لا مزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخرِ) .

قالَ في « الأُمِّ » : (وإنْ شهدَ شاهدانِ أنَّه نَجَّزَ عتْقَ هٰذا العبدِ وهوَ الثُّلثُ ، وشهدَ آخرانِ أنَّه أَعتقَ هٰذا العبدَ في الوصيَّةِ وهوَ الثُّلثُ . . عَتقَ المنجَّزُ ورَقَّ المعتَقُ في الوصيَّةِ ؛ لأنَّ المنجَّزَ سابقٌ ، فقُدِّمَ) .

قالَ في « الأم » : (وإنْ شهدَ شاهدانِ أنَّه أَعتقَ هٰذا العبدَ في الوصيَّةِ أَو التدبيرِ ، وشهدَ آخرانِ أنَّه أَعتقَ عبداً آخرَ في الوصيَّةِ أَوِ التدبيرِ ، وكلُّ وَاحدٍ منهُما قَدْرُ الثُّلثِ . . أُعتِقَ واحدٌ منهُما بالقرعةِ[1]) .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنَّ المُزنيَّ روىٰ في « المختصرِ » : لَو شهدَ أَجنبيّانِ أنَّه أَعتقَ عبدَهُ وصيَّةً وهوَ الثُّلثُ ، وشهدَ وارثانِ أنَّه أَعتقَ عبداً غيرَهُ وصيَّةً وهوَ الثُّلثُ . عتقَ مِنْ كلِّ واحدٍ منهُما نصفُهُ . وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ :

فقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : أَخطأَ المُزنيُّ في النَّقلِ ، وقدْ ذكرَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ في المسأَلةِ قَبْلَها أنَّه يُقرَعُ بينهُما .

وقالَ بعضُ أَصحابِنا : المسأَلةُ مفروضةٌ في الوصيَّةِ بالعتقِ دونَ العتقِ المنجَّزِ ؛ لأنَّه قالَ : (أَعتقَ عبدَهُ وصيَّةً) وقولُه : (عتقَ مِنْ كلِّ وَاحدٍ منهُما نصفُهُ) أَرادَ : أنَّ القياسَ كانَ يقتضي ذٰلكَ ؛ لأنَّه لا مزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخرِ إلاَّ أنَّ السُّنَّةَ وَردتْ بالقُرعةِ ، وإنَّما قَصدَ أَنْ يبيِّنَ لَه أنَّه لا مزيَّةَ لِشهادةِ الورثةِ علىٰ غيرِهم .

ومنهُم مَنْ قالَ : بلْ صورتُها أنَّ الشهادتينِ وَقعتا في العتقِ المنجَّزِ ؛ لأنَّه قالَ : (فإنْ شهدا أنَّه أَعتقَ عبدَهُ) وقوله : (وصيَّةً) أَرادَ : في مرضِ الموتِ ؛ لأنَّه حالةُ الوصيَّةِ . والحكمُ في ذٰلكَ أنَّه يعتَقُ مِنْ كلِّ واحدٍ منهُما نصفُهُ ، ولا يمكنُ الإقراعُ بينهُما لأنَّه رُبَّما يكونُ قدْ تقدَّمَ عتْقُ أَحدِهما ، فخرجَ عليهِ سهمُ الرقِّ ، فيكونُ قدْ أَرقَّ الحرَّ .

وقالَ ٱبن القاصِّ : بلْ تأويلُ ذٰلكَ أنَّه إذا كانَ في لَفظِ الموصِي ما يدلُّ علىٰ تفريقِ العتقِ فيهِما . . فيُجعَلُ بينهُما .

---

(١) في (م) : (أقرع بينهما) .

فرعٌ : [إن ولدتِ غلاماً فهو حر أو جارية فأنت حرة] :

إذا قالَ لأَمتهِ الحاملِ : إنْ كانَ أَوّلُ ولِد تَلِدِينَهُ غلاماً فهوَ حرٌّ ، وإنْ كانتْ جاريةً فأنتِ حرّةٌ ، فوَلدتْ غُلاماً وجاريةً :

فإنْ وَلدتِ الغلامَ أَوّلاً . . عتقَ ورَقّتِ الأُمُّ والجاريةُ .

وإنْ ولدتِ الجاريةَ أَوّلاً . . عتقَتِ الأُمُّ بوجودِ صفةِ العتقِ فيها ، وعتقَ الغلامُ تبعاً لها ؛ لأَنَّ العتقَ وَقعَ عليها وهيَ حاملٌ بهِ فتبِعَها في العتقِ .

وإنْ وَلدتهُما معاً . . **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنّه لا يعتَقُ أَحدٌ منهُم ؛ لأَنّه ليسَ أَحدُهما أَولىٰ مِنَ الآخرِ .

وإنْ وَلدتْ أَحدَهُما بعدَ الآخرِ ولَم يُعلَمْ أَيُّهما نزلَ أَوّلُ . . قالَ ابنُ الحدّادِ : عتقَ الغلامُ ؛ لأَنّه حرٌّ بكلِّ حالٍ ، ورقّتِ الجاريةُ ؛ لأَنّها رقيقةٌ بكلِّ حالٍ .

وأَمّا الأُمُّ : فإنّه يُقرَعُ عليها بسهمِ عتقٍ وسهمِ رقٍّ ، فإنْ خرجَ عليها سهمُ العتقِ . . عتقَتْ . وإنْ خرجَ عليها سهمُ الرقِّ . . رَقّتْ . فاعترضَ عليهِ بعضُ أَصحابِنا ، وقالَ : أَخطأَ ؛ لأَنَّ الإقراعَ لا يكونُ إلاّ بينَ شخصينِ ، فأَمّا شخصٌ واحدٌ يُشَكُّ في عتقهِ . . فلا تدخُلُهُ القرعةُ .

قالَ القاضي أَبو الطيّبِ : وهٰذا الذي قالَه هٰذا القائِلُ ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّ الإقراعَ هاهُنا بينَ شخصينِ وهوَ الابنُ والأُمُّ ؛ لأَنَّ سببَ العتقِ وُجِدَ في أَحدِهما ؛ لأَنَّ وِلادةَ البنتِ سببُ عتقِهما ، ووِلادةَ الابنِ سببُ عتقهِ ، وعُلِمَ أَنّه وُجِدَ في أَحدِهما ، ولَم يُعلَمْ بعينهِ ، فوَجبَ الإقراعُ بينهُما .

فرعٌ : [علق العتق علىٰ الوطء] :

وإنْ كانَ لَه أَربعُ إماءٍ ، فقالَ : كلّما وَطئتُ واحدةً منكنَّ . . فواحدةٌ حرّةٌ ، فوَطِىءَ ثلاثاً منهنَّ ولَم يطأ الرابعةَ :

قالَ ابنُ الحدّادِ : أُقرِعَ بينَ الموطوءَةِ أَوّلاً وبينَ الرابعةِ التي لَم توطأْ ، فإنْ خَرجتْ

قرعةُ العتقِ علىٰ الرابعةِ . . عتقَتْ ، ثمَّ تعادُ القرعةُ بينَ الثانيةِ والأُولىٰ فإنْ خَرجتْ قُرعةُ العتقِ علىٰ الأُولىٰ . . عتقَتْ ، ثمَّ تُعادُ القرعةُ بينَ الثانيةِ والثالثةِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : وبيانُ صِحَّةِ ما قالَهُ أَنَّه بناهُ علىٰ أَصلينِ :

أَحدهما : أَنَّ الموطوءَةَ تدخلُ في لَفظِ العتقِ كما يَدخلُ غيرُها .

والثاني : أَنَّ الوطءَ ٱختيارٌ لمِلكِ الموطوءَةِ ويعتبرُ العتقُ في غيرِها .

إذا ثبتَ هٰذانِ الأَصلانِ : فإنَّه إذا وَطِئ إِحداهُنَّ . . فقدْ وَقعَ العتقُ علىٰ واحدةٍ مِنَ الأَربعِ بغيرِ عَينِهَا ، فلمَّا وَطِئَ الثانيةَ والثالثةَ . . كانَ ٱختياراً لمِلكِهمَا ، وتعيَّنَ العتقُ بينَ الأُولىٰ والرابعةِ ، فوَجبَ الإِقراعُ بينَهُما لِتعيينِ العتقِ في إِحداهُما .

فإنْ قيلَ : أَليسَ قدْ وَطِئَ الأُولىٰ كما وَطِئَ الثانيةَ والثالثةَ ، فهلاَّ قُلتم : إِنَّ العتقَ ينصرفُ عنها ويتعيَّنُ في الرابعةِ بغيرِ قرعةٍ ؟

فالجوابُ : أَنَّ الثانيةَ والثالثةَ وَطِئَهُما بعدَ وقوعِ العتقِ علىٰ إِحداهنَّ والتعيينُ إِليهِ ، فكانَ وَطؤهما[1] ٱختياراً لمِلكهِما ، ووَطِئَ الأُولىٰ قَبْلَ وُقوعِ العتقِ ، وإِنَّما وقعَ العتقُ بعدَ هٰذا الوَطءِ .

وأَمّا العتقُ الواقعُ بوطءِ الثانيةِ : فهوَ شائعٌ بينهُما وبينَ التي لَم تعتَقْ بوطءِ الأُولىٰ ، وهيَ إِمَّا الأُولىٰ وإِمّا الرابعةُ .

وأَمّا الثالثةُ : فقدْ وَطِئَها بعدَ وقوعِ العتقِ بوطءِ الثانيةِ فكانَ ٱختياراً لمِلكِها ، وصُرِفَ العتقُ عنها ، فتردَّدَ العتقُ الواقعُ بوطءِ الثانيةِ بينَ الثانيةِ والأُولىٰ والرابعةِ .

وأَمّا العتقُ الواقعُ بوطءِ الثالثةِ : فهوَ شائعٌ بينها وبينَ التي لَم تُعتَقْ بالقرعةِ الأُولىٰ أَو الثانيةِ ، وهي الأُولىٰ أَو الثانية أَو الرابعة ، فيقرعُ بينهُما ، فإذا خرجتِ القرعةُ علىٰ إِحداهُما . . عَتقَتْ ، فنكونُ قدْ عيَّنّا العتقَ في ثلاثٍ منهنَّ وأَرْققنا واحدة منهنَّ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ خالفَهُ في ذٰلكَ وقالَ : الوطءُ لا يكونُ ٱختياراً لمِلكِ الموطوءَةِ كما لا يكونُ رجعةً في المطلَّقةِ . ووافقَهُ أَنَّ الموطوءَةَ تدخلُ في لَفظِ الإِعتاقِ كغيرِها .

---

(١) في نسخة : (وطئها) .

فعلىٰ هٰذا : قدْ عتقَ بوطءِ الثلاثِ ثلاثٌ منهنَّ بغيرِ أَعيانهنَّ ، فيُكتَبُ في ثلاثِ رِقاعٍ عتقٌ ، وفي رقعةٍ رابعةٍ رِقٌّ ، ثمَّ يُخرِجُ رقعةً علىٰ إِحدىٰ الأَربعِ ، فإِنْ خرجتْ عليها رقعةُ الرِّقِّ . . رَقَّتْ وعتقَ البواقي . وإِنْ خرجتْ عليها رقعةُ العتقِ . . عتقَتْ ، ثمَّ تُخرَجُ رقعةٌ أُخرىٰ علىٰ أُخرىٰ ، فإِنْ خَرجتْ رقعةُ الرقِّ . . رَقَّتْ وعتقَ الأُخرَيانِ إِلىٰ أَنْ يُستوفىٰ عتقُ ثلاثٍ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : الموطوءَةُ لا تدخلُ في لَفظِ العتقِ ، والوطءُ آختيارٌ منهُ لِملكِ الموطوءَةِ .

فعلىٰ هٰذا : إِذا وَطِىءَ الأُولىٰ . . لَم تدخلْ هيَ في العتقِ ، وتعتَقُ وَاحدةٌ إِمَّا الثانيةُ أَوِ الثالثةُ أَوِ الرابعةُ ، لٰكنَّهُ وَطِىءَ الثانيةَ والثالثةَ ، فكانَ ذٰلكَ آختياراً لِملكهما فتعتَقُ الرابعةُ . وتعتَقُ الأُولىٰ بوطءِ الثانيةِ ؛ لأَنَّ الرابعةَ قدْ عتقَتْ ، والثالثةَ قدِ آختارَ تملُّكَها بوَطئِها ، فلَمْ يبقَ إِلاَّ الأُولىٰ .

ويعتَقُ بوطءِ الثالثةِ الثانيةُ ؛ لأَنَّ الرابعةَ قدْ عتقَتْ بوطءِ الأُولىٰ ، والأُولىٰ قدْ عتقَتْ بوطءِ الثانيةِ ، والثالثةُ هيَ الموطوءَةُ لا تَدخلُ في العتقِ ، فلَمْ يبقَ إِلاَّ الثانيةُ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : **والأَوَّلُ أَصحُّ** ؛ لأَنَّ قولَهُ : (كلَّما وَطِئتُ واحدةً منكنَّ) عامٌّ في جميعِهنَّ ، والوطءُ آختيارٌ للمِلكِ ، كما قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ في البائعِ إِذا وَطِىءَ الأَمةَ المعيبةَ في مدَّةِ الخيارِ . . كانَ آختياراً لِلفسخِ .

فرعٌ : [تعليق العتق بدخول دار أولاً وآخراً] :

قالَ أَبو العبَّاسِ : لَو قالَ : أَوَّلُ عبدٍ يدخلُ الدارَ فهوَ حرٌّ ، فدخلَ عبدٌ الدارَ . . آحتملَ أَنْ يعتَقَ في الحالِ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّه أَوَّلٌ ، وآحتملَ أَنْ لا يعتَقَ حتّىٰ يدخلَ آخَرُ ؛ لأَنَّه لا يقالُ لَه أَوَّلُ حتّىٰ يكونَ[1] لَه آخَرُ .

وإِنْ قالَ : آخِرُ عبدٍ يدخلُ الدارَ فهوَ حرٌّ . . لَم يُحكَمْ عليهِ بعتقِ عبدٍ حتّىٰ يموتَ

(١) في نسختين : (يدخل) .

فيحكمَ بعتقِ آخِرِ مَنْ دَخلَ مِنْ عبيدِهِ الدارَ ؛ لأنَّه لا يُعلَمُ ذٰلكَ إلاَّ بموتهِ .

وإنْ قالَ : أَوَّلُ عبدٍ يدخلُ الدارَ فهوَ حرٌّ ، فدخلَ اثنانِ معاً ، ثمَّ دخلَ الثالثُ بعدَهُما. . لَم يَعتقْ أَحدُهُم ؛ لأنَّ الاثنينِ لمَّا دخلا معاً لَم يَكنْ أَحدُهُما أَوَّلاً ، واللَّفظُ اقتضىٰ واحداً ، والثالثُ ليسَ بأَوَّلٍ إلاَّ إنْ قالَ : أَوَّلُ عبدٍ يدخلُ الدارَ وَحدَهُ فهوَ حرٌّ. . فيعتَقُ الثالثُ .

وإنْ قالَ : أيّ أَمةٍ ابتعتُها وتَسرَّيتُها فهيَ حرَّةٌ ، فاشترىٰ أَمةً وتَسرَّاها. . لَم تعتَقْ ؛ لأنَّه عقدَ الصفةَ قبلَ المِلكِ .

مسأَلة : [مِلْك الأصول أو الفروع] :

إذا مَلكَ الإنسانُ أَباهُ ، أَو أُمَّهُ ، أَو جَدَّهُ ، أَو جَدَّتَه مِنْ قِبَلِ الأَبِ أَوِ الأُمِّ وإنْ عَلَوْا ، أَو مَلكَ وَلدَهُ أَو وَلدَ وَلدِهِ وإنْ سفَلوا ، مِنَ البنينَ أَوِ البناتِ. . عَتقَ عليهِ بالملكِ . وبهِ قالَ مالكٌ وأَبو حنيفةَ وعامَّةُ أَهلِ العلمِ .

وقالَ داودُ : (لا يعتَقُ عليهِ بالمِلكِ أَحدٌ مِنْ والدٍ ولا وَلدٍ ولا غيرِهم) .

دليلنا : قولُه تعالىٰ : ﴿ وَقَالُواْ ٱتَّخَذَ ٱلرَّحْمَٰنُ وَلَدًاۗ سُبْحَٰنَهُۥۚ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ ﴾ [الأنبياء : ٢٦] وهٰذا يدلُّ علىٰ أَنَّ الولدَ لا يكونُ مملوكاً .

وقالَ تعالىٰ : ﴿ تَكَادُ ٱلسَّمَٰوَٰتُ يَتَفَطَّرْنَ مِنْهُ وَتَنشَقُّ ٱلْأَرْضُ وَتَخِرُّ ٱلْجِبَالُ هَدًّا ۝ أَن دَعَوْاْ لِلرَّحْمَٰنِ وَلَدًا ۝ وَمَا يَنۢبَغِي لِلرَّحْمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ۝ إِن كُلُّ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحْمَٰنِ عَبْدًا ﴾[1] [مريم : ٩٠ـ٩٣] . فدلَّ علىٰ أَنَّ الوِلادةَ والعبوديَّةَ لا يَجتمعانِ لَه .

وإنْ مَلكَ مَنْ سوىٰ الوالدَينِ لَه ، أَو المولودِينَ مِنْ سائرِ القرابةِ. . لَم يعتقْ عليهِ .

وقالَ مالكٌ : (يعتَقُ عليهِ الإِخوةُ والأَخواتُ) .

وقالَ أَبو حنيفةَ وأَحمدُ : (يعتقُ عليهِ بالمِلكِ كلُّ ذي رحمٍ مَحرمٍ) .

---

(١) قوله تعالىٰ : ﴿ وَتَخِرُّ ٱلْجِبَالُ هَدًّا ﴾ يقال : خرّ : سقط من أعلىٰ إلىٰ أسفل . الهدّ : هدم البناء وإزالته ، وهدّ البناء يهده هدّاً : هدمه وضعضعه .

دليلنا : أَنَّ مَنْ جازَ للمكاتِبِ بيعُهُ إِذا مَلكَهُ . . لَم يعتقْ علىٰ الحرِّ إِذا مَلكَهُ ، كالعصباتِ .

فرعٌ : [ولد الزنا لا يعتق] :

وإِنْ وَلدتِ المرأَةُ ولداً مِنَ الزنىٰ ومَلكَهُ الزاني بها . . لَم يعتقْ عليهِ[1] .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يعتَقُ عليهِ) .

دليلنا : أَنَّها وِلادةٌ لا يتعلَّقُ بها ثبوتُ النَّسبِ ، فلا يتعلَّقُ بها وُجوبُ الإِعتاقِ ، كما لَو وَلدتْهُ لأَكثرَ مِنْ أَربعِ سِنينَ مِنْ حينِ الزنىٰ .

فرعٌ : [يعتق شقصُ مَنْ ذُكِرَ بالمِلك] :

وإِنْ مَلكَ شِقصاً ممَّنْ يعتَقْ عليهِ بالمِلكِ . . عتقَ عليهِ ذٰلكَ الشِّقصُ كما لَو مَلكَ جميعَهُ ، وهلْ يقوَّمُ الباقي عليهِ ويعتَقُ ؟ يُنظَرَ فيهِ :

فإِنْ كانَ معسِراً . . لَم يقوَّمْ عليهِ ولَم يُعتَقْ عليهِ ؛ لأَنَّ التقويمَ والسِّرايةَ لإِزالةِ الضررِ عَنِ الشريكِ ، وفي التقويمِ علىٰ المعسِرِ إِضرارٌ بالمعسِرِ .

وإِنْ كانَ موسِراً . . نظرتَ :

فإِنْ مَلكَ ذٰلكَ الشِّقصَ باختيارهِ ، بأَنِ ٱبتاعَهُ أَو ٱتَّهَبَهُ أَو أَوصِيَ بهِ لَه فقبِلَهُ . . قوِّمَ عليهِ الباقي وعتقَ عليهِ . وإِنْ مَلكَهُ بغيرِ ٱختيارهِ ، بأَنْ وَرِثَهُ . . لَم يقوَّمْ عليهِ الباقي ولَم يعتقْ عليهِ ؛ لأَنَّ ٱختيارَهُ لمِلكِ الشِّقصِ ٱختيارٌ للتقويمِ عليهِ والعتقِ .

فرعٌ : [الوصية والهبة بمن يعتق عليه] :

وإِذا وَصَّىٰ لَه بمَنْ يعتَقُ عليهِ ، أَو وَهبَ لَه ، أَو قَدَرَ علىٰ شرائِهِ . . **فالمستحَبُّ لَه** أَنْ يَقبلَ الوصيَّةَ والهبةَ ويشتريَهُ ليعتَقَ عليهِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « لا يَجزِيْ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلاَّ أَنْ يَجِدَهُ

---

(١) يستأنس له بما رواه عن ميمونة مولاة النبي ﷺ النسائي في « الكبرىٰ » (٤٩١٣) : أن النبي ﷺ سئل عن ولد الزنا فقال : « لا خير فيه ، نعلين أجاهد ـ أو قال ـ : أجهز بهما أحبّ إليّ من أن أعتق ولد الزنا » .

مَمْلُوْكاً فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ »[١] . ومعناهُ : فيعتقهُ بالشراءِ كقولهِ ﷺ : « اَلنَّاسُ غَادِيَانِ : فَبَائِعٌ نَفْسَهُ فَمُوْبِقُهَا ، ومُشْتَرِيهَا فَمُعْتِقُهَا »[٢] .

ولا يجبُ عليهِ ذٰلكَ ، **وهوَ قولُ كافَّةِ العلماءِ**[٣] .

وقالَ بعضُ الناسِ إذا أُوصيَ لَه بأَبيهِ[٤] أَو وُهِبَ لَه . . وَجبَ عليهِ القَبُولُ ؛ ليخلِّصَهُ مِنْ ذُلِّ الرقِّ .

دليلنا : أَنَّه ٱجتلابُ مِلكٍ فلَم يَجبْ عليهِ قَبولُهُ ، كما لَو وَصَّىٰ لَه بغيرِ أَبيهِ ، ولأَنَّه لا يجبُ عليهِ شراءُ أَبيهِ ، فلَم يجبْ عليهِ قَبُولُ الوصيَّةِ والهبةِ فيهِ .

فرعٌ : [قبول الولي الوصيةَ والهبة] :

وإنْ وَصَّىٰ للمُوَلَّىٰ عليهِ بمَنْ يعتَقُ عليهِ بالملكِ أَو وَهبَ لَه ، فإنْ كانَ المُولَّىٰ عليهِ معسِراً . . وجَبَ علىٰ الوليِّ أَنْ يَقبَلَ لَه الوصيَّةَ والهبةَ ؛ لأَنَّه يحصلُ للمُولَّىٰ عليهِ بذٰلكَ الثوابُ والوَلاءُ مِنْ غيرِ ضررٍ عليهِ .

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » (٢/ ٣٢٠) وغيرها ، والبخاري في « الأدب المفرد » (١٠) ، ومسلم (١٥١٠) في العتق ، وأبو داود (٥١٣٧) في الأدب ، والترمذي (١٩٠٧) في البر والصلة ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٤٨٩٦) في العتق ، وابن ماجه (٣٦٥٩) في الأدب ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٩٧١) في العتاقة ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢٨٩) . قال الترمذي : حديث حسن صحيح . **يجزي** : يكافىء .

(٢) أخرجه مطوَّلاً عن جابر رضي الله عنهما عبد الرزاق في « المصنف » (٢٠٧١٩) ، وأحمد في « المسند » (٣/ ٣٢١) ، والبزار كما في « كشف الأستار » (١٦٠٩) ، وأبو يعلىٰ في « المسند » (١٩٩٩) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٥١٤) ، والحاكم في المستدرك (٤/ ٤٢٢) وصححه ، ووافقه الذهبي ، وفيه ألفاظ : « يا كعب بن عجرة إنه لا يدخل الجنة لحم ودم نبتا على سحت ، النار أولىٰ به . . . » و : « أعاذك الله يا كعب بن عجرة من إمارة السفهاء . . . » .

وعن كعب بن عُجرة أخرجه ابن حبان في « الإحسان » (٥٥٦٧) بإسناد صحيح .

(٣) في حاشية نسخة : (خالف أصحابنا فيه فقال أكثرهم : يجب أن يقوم عليه . من « شرح المولدات ») .

(٤) في (م) : (بابنه) .

وإنْ كانَ المُولَّىٰ عليهِ موسِراً ، فإنْ كانَ الموصَىٰ بهِ لَه يَلزمُ المُولَّىٰ عليهِ نفقتُهُ . . لَم يَجُزْ للوليِّ قَبُولُهُ ؛ لأنَّ النفقةَ تَلزمُ المُولَّىٰ عليهِ . وإنْ كانَ المُولَّىٰ عليهِ لا تلزمُهُ نفقتُهُ . . وَجبَ علىٰ الوليِّ أَنْ يَقبَلَ لَه الوصيَّةَ والهبةَ ؛ لأنَّه لا ضررَ علىٰ المُولَّىٰ عليهِ .

وإنْ وَصَّىٰ لَه ببَعضِهِ : فإنْ كانَ المُولَّىٰ عليهِ معسِراً . . لَزِمَ الوليَّ قبولُهَ ؛ لأنَّه لا يُقوَّمُ علىٰ المُوَلَّىٰ عليهِ ولا تَلزمُهُ نفقتُهُ .

وإنْ كانَ موسِراً : فإنْ كانَ المُوصىٰ بهِ زَمِناً يَلزمُهُ نفقتُهُ . . لَم يَجُزْ للوليِّ قبولُهُ ؛ لأنَّه يَدخلُ الضررُ علىٰ المُولَّىٰ عليهِ بوجوبِ النفقةِ عليهِ . وإنْ كانَ الموصىٰ بهِ صحيحاً مُكتسِباً . . ففيهِ قولانِ :

أحدُهما : لا يجوزُ للوليِّ قَبُولُه ؛ لأنَّه يلزمُ المولَّىٰ عليهِ الضررُ بالتقويمِ .

والثاني : يلزمُ الوليَّ قَبُولُه ، ولا يقوَّمُ علىٰ المولَّىٰ عليهِ ولا يَسري ؛ لأنَّه يَدخلُ في مِلكهِ بغيرِ ٱختيارهِ ، فهوَ كما لَو مَلكَ بعضَهُ بالإرثِ .

فرعٌ : [وصىٰ بجارية لزوجها فماتا وله ابن] :

إذا وَصَّىٰ رجلٌ بجاريةٍ لزوجِها ، فماتَ المُوصِي ، ثمَّ ماتَ الموصىٰ لَه قَبْلَ قَبولِ الوصيَّةَ ، وللموصىٰ لَه ٱبنٌ مِنْ هٰذهِ الجاريةِ يَرِثُهُ . . فالابنُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يَقبلَ الوصيَّةَ وبينَ أَنْ يَردَّها .

فإنْ ردَّها . . بقيتِ الأَمةُ علىٰ مِلكِ وَرثةِ المُوصي .

إنْ قَبِلَ الابنُ الوصيَّةَ وٱحتملَها الثلثُ . . صحَّ ذٰلكَ ودَخلتْ في مِلكِ الزوجِ أَوَّلاً ، ثمَّ ٱنتقلتْ إلىٰ ٱبنهِ ميراثاً وعتقَتْ عليهِ .

وإنْ لَم يَحتملِ الثُّلثُ إلاَّ بَعضَها ولَم تُجزِ الورثةُ باقِيها . . صحَّتِ الوصيَّةُ فيما ٱحتملَ الثُّلثُ منها ، ودَخلَ في مِلكِ الزوجِ بقَبولِ الابنِ ، ثمَّ يَنتقلُ بعدَ ذٰلكَ إلىٰ مِلكِ ٱبنها بالإرثِ عَنْ أَبيهِ ، ويعتقُ عليهِ ذٰلكَ .

فإنْ كانَ الابنُ معسِراً . . لَم يَسرِ العتقُ إلىٰ باقيها .

وإنْ كانَ موسِراً . . فهلْ يقوَّمُ عليهِ باقيها ويَسري العتقُ إليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : يقوَّمُ عليهِ ويعتَقُ ؛ لأَنَّه ٱجتلبَ مِلكَ بعضِها بقَبولِ الوصيَّةِ فيقوَّمُ عليهِ باقِيها ، كما لَو أَوصىٰ لَه ببعضِ أَمةٍ فَقبِلَها .

والثاني : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا تقوَّمُ عليهِ ؛ لأَنَّه مَلكَ بعضَها بالإِرثِ عَنْ أَبيهِ ، فهوَ كما لَو وَرِثَ بعضَ أَمةٍ مِنْ غيرِ الوصيَّةِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : **والأَوَّلُ أَصحُّ** ؛ لأَنَّ لَه صُنعاً في مِلكِ بعضِها ، وهوَ قَبولُه . قالَ : ونظيرُها : إِذا باعَ بعضَ أَمةٍ لَه بثوبٍ وقَبضَ الثوبَ وماتَ بائعُ بعضِ الأَمةِ ووَرِثَهُ رجلٌ هوَ ٱبنُ الأَمةِ فوجدَ الابنُ بالثوبِ عيباً فردَّهُ . . رَجعَ إِليهِ بعضُ أُمِّهِ .

وهلْ يقوَّمُ عليهِ باقِيها إِنْ كانَ موسِراً ؟ علىٰ الوجهينِ ، **الصحيحُ** : أَنَّه يقوَّمُ عليهِ .

فرعٌ : [استولد أمة ثم ملكها عتق ابنه منها] :

إِذا تزوَّجَ رجلٌ أَمةً لغيرِه فأَولدَ منها ٱبناً ، ثمَّ مَلكَها . . عتقَ عليهِ ٱبنُهُ وٱنفسخَ النكاحُ .

فإِنْ مَلكَ الأَمةَ ، ثمَّ أَوصىٰ بهٰذهِ الجاريةِ زوجُها لابنٍ لَها مِنْ غيرِه ، فإِنْ ردَّ الموصىٰ لَه الوصيَّةَ . . مَلكَها ٱبنُها منهُ إِرثاً عَنْ أَبيهِ ، وعتقَتْ عليهِ . وإِنْ قَبِلَها الموصىٰ لَه وخرجتْ مِنَ الثُّلثِ . . عتقَتْ عليهِ ؛ لأَنَّها أُمُّهُ .

وإِنْ لَم يكنْ لَه مالٌ غيرُها ولَم يُجزِ ٱبنُها الوصيَّةَ فيها . . عتقَ ثُلثُها علىٰ ٱبنها الموصىٰ لَه ، وعتقَ ثُلثَاها علىٰ ٱبنها الوارثِ .

وإِنْ أَجازَ ٱبنها الوصيَّةَ فيما زادَ علىٰ الثُّلثِ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ الإِجازةَ ٱبتداءُ عطيَّةٍ مِنَ الوارثِ . . لَم تصحَّ الإِجازةُ ؛ لأَنَّه ليسَ لَه أَنْ يهبَ أُمَّهُ .

وإِنْ قُلنا : الإِجازةُ تنفيذٌ لِمَا فعلَه الموصي . . صحَّتِ الإِجازةُ ، وعتقَ جميعُها علىٰ الابنِ الموصىٰ لَه .

فرعٌ : [أوصىٰ بأمته لابنها من غيره وله ابن منها] :

وإِنْ كانَ لرجلٍ أَمةٌ ولَه ٱبنٌ مِنْ غيرِها ، ولَها ٱبنٌ مِنْ غيرِه ، فأَوصىٰ بها لابنها ولا مالَ لَه غيرُها ، فماتَ الموصي ، فأَعتقَ ٱبنُهُ ثُلثَيها ، ثمَّ قَبِلَ ٱبنُها الوصيَّةَ فيها ، فإِنْ

قُلنا : إِنَّ الموصىٰ لَه يَملِكُ الوصيَّةَ بالقَبولِ . . سَرىٰ إِعتاقُ الوارثِ إِلىٰ ثُلثِها الموصىٰ به .

وإِنْ قُلنا : تَبيَّنَ بالقَبولِ أَنَّه مَلكَ بموتِ المُوصي . . فقدْ قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : لا يُقوَّمُ نصيبُ الابنِ الوارثِ علىٰ ٱبنِ الأَمةِ الموصىٰ لَه وإِنْ كانَ عتقُهُ سابقاً لعتقِ الوارثِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ خالفَهُ وقالَ : يقوَّمُ ما زادَ علىٰ الثُّلثِ علىٰ الابنِ الموصىٰ لَه إِنْ كانَ موسراً ؛ لأَنَّ عتْقَ نصيبِ الموصىٰ لَه سابقٌ لعتقِ نصيبِ الوارثِ ، فيقوَّمُ[1] عليهِ ، ولأَنَّ ٱبنَ الحدَّادِ قالَ : إِذا أَوصىٰ بها لابنها الذي ليسَ منهُ ولأَجنبيٍّ ، فقَبِلَ الأَجنبيُّ الوصيَّةَ في نصفِها وأَعتقَهُ ، ثمَّ قَبِلَ ٱبنُها الوصيَّةَ . . تبيَّنّا أَنَّه عَتقَ علىٰ ٱبنها نصفُها حينَ موتِ الموصي ، ووَجبَ تقويمُ نصفِ الأَجنبيِّ عليهِ ؛ لأَنَّ عَتْقَ نصيبِ ٱبنها سابقٌ لِعَتقِ نصيبِ الأَجنبيِّ ، فكذا هٰذا مِثلُهُ .

ومنهُم مَنْ صوَّبَ قولَ ٱبنِ الحدَّادِ ، وقالَ : لا يقوَّمُ علىٰ ٱبنها نصيبُ الوارثِ الذي أَعتقَهُ ؛ لأَنَّ مِلكَ الوارثِ آكدُ مِنْ مِلكِ الموصىٰ لَه ؛ لأَنَّه يَنتقلُ إِلىٰ الوارثِ مِنْ غيرِ قَبولٍ . فإِذا أَعتقَ ذٰلكَ . . صحَّ وٱستقرَّ ، والموصىٰ لَه لا يملِكُ إِلاَّ بالقَبولِ .

وإِذا قُلنا : إِنَّه تبيَّنَ بالقَبولِ أَنَّه مَلكَ بالموتِ . . ففي ذٰلكَ خلافٌ بينَ أَهلِ العلمِ ، فلَم يَجُزْ إِبطالُ الأَقوىٰ بالأَضعفِ . وليسَ كذٰلكَ إِذا كانتِ الوصيَّةُ للأَجنبيِّ ولابنها ؛ لأَنَّ سببَ مِلكِهِما واحدٌ ، وهوَ الوصيَّةُ والقَبولُ ، وليسَ أَحدُهما بأَولىٰ مِنَ الآخَرِ ، فجعلنا الحُكمَ لِلسابقِ .

فرعٌ : [أوصىٰ له بما يعتق عليه] :

وإِنْ وَصَّىٰ لرجلٍ بمَنْ يعتَقُ عليهِ ، فماتَ الموصي ، ثمَّ ماتَ الموصىٰ لَه قَبْلَ القَبولِ ولَه وَارثانِ ، فقَبِلَ أَحدُهما الوصيَّةَ وردَّ الآخَرُ . . فإِنَّ نصيبَ القابلِ يَدخلُ في مِلكِ الموصىٰ لَه ويعتَقُ عليهِ ، وهلْ يقوَّمُ الباقي علىٰ القابلِ ؟

---

(١) في نسخة : (فقوم) وأخرىٰ : (فقدم) .

قالَ ٱبْنُ الحدَّادِ : إِنْ كانَ القابلُ قد وَرِثَ عَنِ الموصىٰ له قَدْرَ قيمةِ الباقي . . قوِّمَ عليهِ الباقي . وإِنْ وَرِثَ عنهُ أَقلَّ مِنْ قيمةِ الباقي . . قوِّمَ عليهِ مِنْ باقي العبدِ بقَدْرِ ما وَرِثَ عَنِ الموصىٰ لَه . وإِنْ لَم يرثْ عَنِ الموصىٰ لَه شيئاً . . لَم يقوَّمْ عليهِ وإِنْ كانَ موسراً مِنْ غير ميراثهِ عنهُ ؛ لأَنَّ التقويمَ لَزِمَ علىٰ المتوفَّىٰ لِعتقهِ عنهُ في نصيبِ أَحدِ الوارثينِ ، فتعلَّقَ بما وَرِثَ عنهُ وقُدِّمَ علىٰ الميراثِ ، ولَم يتعلَّقْ بنصيبِ الوارثِ الآخَرِ ؛ لأَنَّ العتقَ لَم يثبتْ علىٰ الموصىٰ لَه في نصيبِهِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : ويَجيءُ في مثلِ هٰذا ما قالَ بعضُ أَصحابِنا : أَنَّه لا يقوَّمُ عليهِ ؛ لأَنَّه دَخلَ في مِلكِ القابلِ بالإِرثِ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

فرعٌ : [اشترىٰ الأمة الحامل زوجها وابنها الحر] :

إِذا كانَ لرجلٍ أَمةٌ ولَها ٱبنٌ حرٌّ مِنْ غيرِهِ ، فزوَّجَها مالِكُها مِنْ رجلٍ وحَملَتْ مِنَ الزوجِ ، فٱشتراها زوجُها وٱبنُها الحرُّ مِنْ مَولاها وهيَ حاملٌ صفقةً واحدةً . . فإِنَّ نصيبَ الابنِ مِنَ الجاريةِ يعتَقُ عليهِ ؛ لأَنَّه مَلكَ بعضَ أُمِّهِ ، ويَتبعُهُ نصفُ حَمْلِها ، فإِنْ كانَ الابنُ معسِراً . . لَم يقوَّمْ عليهِ نصيبُ الزوجِ . وإِنْ كانَ موسِراً . . قوِّمَ عليهِ نصيبُ الزوجِ مِنَ الجاريةِ .

وأَمَّا نصيبُ الزوجِ مِنَ الحملِ : فإِنَّه يُعتَقُ عليهِ ؛ لأَنَّه مَلكَ بعضَ وَلدِهِ ، ولا يقوَّمُ نصيبُ أَحدِهما بالحَمْلِ علىٰ صاحبهِ بحالٍ ؛ لأَنَّ عتْقَ نصيبِهِما وَقعَ عليهِما في حالةٍ واحدةٍ .

فإِنْ لَم يَشترِياها ولٰكنْ أَوصىٰ بها مَولاها لَهما ، فإِنْ قَبِلا الوصيَّةَ في حالةٍ واحدةٍ ، بأَنِ ٱتَّفقَ لَفظُهما في القَبولِ أَو وَكَّلا وكيلاً فقَبِلَ لَهما بكلمةٍ واحدةٍ . . فهوَ كما لَو ٱشترَياها صفقةً واحدةً .

وَإِنْ قَبِلَ الوصيَّةَ أَحدُهما بعدَ الآخَرِ . . بنىٰ علىٰ وقتِ مِلكِ المُوصىٰ لَه ، فإِنْ قُلنا : يتبيَّنُ بالقَبولِ أَنَّه مَلكَ بالموتِ . . فهوَ كما لَو قَبِلا الوصيَّةَ في حالةٍ واحدةٍ . وإِنْ قُلنا : يَملكُ الموصىٰ لَه بالقَبولِ . . نَظرتَ :

إنْ قَبِلَ الزوجُ أَوّلاً . . عتقَ عليهِ نصفُ الحَمْلِ ؛ لأنَّه مَلكَ بعضَ وَلدِهِ ، وقوِّمَ عليهِ النصفُ الآخَرُ للموصىٰ لَه إنْ كانَ موسِراً ، ثمَّ إذا قَبِلَ الابنُ بعدَهُ . . عتقَ عليهِ نصفُ الأَمةِ ؛ لأنَّها أُمُّهُ ، ويقوَّمُ عليهِ نصفُها للزوجِ إنْ كانَ الابنُ موسِراً فيتقاصّانِ فيما ٱستويا فيهِ مِنَ القيمةِ ويَترادّانِ بالفضلِ .

وإنْ قَبِلَ الابنُ أَوّلاً . . عتقَ عليهِ نصفُ الأَمةِ ، وتبعَها نصفُ الحَمْلِ ، وقوِّمَ عليهِ نصفُ الأَمةِ ونصفُ الحَمْلِ للزوجِ .

فرعٌ : [أسرَ المسلم أباه الحربي] :

وإذا أَسرَ المسلِمُ أَباهُ الحربيَّ وٱنفردَ بأَسرِهِ . . قالَ ٱبنُ الحدّادِ : لَم يعتقْ عليهِ ؛ لأَنَّ الإمامَ فيهِ بالخيارِ : بينَ قَتلِهِ ومُفاداتِهِ والمَنِّ عليهِ ، فلَو أَعتقناهُ . . لأَبطلنا خيارَ الإمامِ فيهِ ، ولأَنَّ الغانمَ لا يَملِكُ شيئاً إلاّ أَنْ يَختارَ تَملُّكَهُ ، ولَم يُوجدْ مِنَ الابنِ الاختيارُ لتملُّكِهِ .

فإنِ ٱختارَ الإمامُ ٱسترقاقَهُ ، وٱختارَ الابنُ تملُّكَهُ . . عتقَ علىٰ الابنِ أَربعةُ أَخماسهِ ، ويكونُ خُمُسُهُ لأَهلِ الخُمُسِ .

فإنْ كانَ الابنُ معسِراً . . رَقَّ خُمُسُهُ . وإنْ كانَ موسِراً . . قوِّمَ عليهِ الخُمُسُ وعتقَ عليهِ .

وإنْ لَم يَخترِ الابنُ تملُّكَهُ . . كانتْ أَربعةُ أَخماسهِ مُرصَدةً لمصالحِ المسلمينَ ، وخُمُسهُ لأَهلِ الخُمُسِ .

وإنْ سبىٰ[1] أُمَّهُ وٱبنَهُ الصغيرَ وٱختارَ تَملُّكَهُما . . عتقَ عليهِ أَربعةُ أَخماسهما ، وقوِّمَ عليهِ خُمُسهُما لأَهلِ الخُمُسِ إنْ كانَ موسراً ؛ لأنَّه لا خيارَ للإمامِ فيهما .

وإنْ لَم يَخترْ تملُّكَهُما . . كانتْ أَربعةُ أَخماسِهما لِمصالحِ المسلمينَ ، وخُمُسهُما لأَهلِ الخُمُسِ .

---

(١) في (م) : (أسر) .

فرعٌ : [قال لأحد عبديه أحدكم حر على ألف] :

إذا قالَ رجلٌ لعبدينِ لَه : أَحدُكُما حرٌّ علىٰ أَلفٍ ، فقالَ كلُّ واحدٰ منهُما : قد قَبلتُ . . عتقَ أَحدُهما لا بعينِهِ . ولَه أَنْ يُعيِّنَ[1] أيَّهما شاءَ ، ولا يُقرعُ بينَهُما ما دامَ حيّاً . فإنْ ماتَ قَبْلَ البيانِ ولا وارِثَ لَه . . أُقرعَ بينهُما . وإنْ كانَ لَه وارثٌ . . فهلْ يَقومُ مقامَهُ في البيانِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما القاضي أَبو الطيِّبِ :

أَحدُهما : يَقومُ مقامَهُ في البيانِ كسائرِ حقوقهِ .

والثاني : يُقرَعُ بينهُما كما أَقرعَ النبيُّ ﷺ لِتعيينِ العَتْقِ في العبيدِ الستَّةِ .

فإذا أُقرِعَ بينهُما وخَرجتِ القرعةُ لأَحدِهما . . عتقَ . قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : ولزمَ العبدَ قيمتُهُ لمولاهُ ، ولا تلزمُهُ الأَلفُ ؛ لأَنَّه زالَ ملكُهُ عنهُ بعِوَضٍ مجهولٍ ولا يمكنُهُ الرجوعُ إلىٰ العبدِ ، فيَرجعُ عليهِ بقيمتهِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولٌ آخرُ : أَنَّه يَرجعُ عليهِ بالأَلفِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : وهٰذا هوَ القولُ **القديمُ** في الصَّدَاقِ إذا تلِفَ في يدِ الزوجِ قَبْلَ القبضِ ، أَو تلِفَ عِوَضُ الخُلْعِ في يدِ الزوجةِ قَبْلَ القبضِ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

فرعٌ : [ٱختلف إخوة في ملك جارية وولدها] :

ولَو كانتْ جاريةٌ ووَلدُها في يدِ ثلاثةِ رجالٍ إخوةٍ ، فقالَ أَحدُهم : هٰذهِ أَمُّ وَلدي وهٰذا وَلدُها منِّي . وقالَ آخرُ : هٰذهِ أُمُّ وَلدِ أَبينا ووَلدُها أَخونا . وقالَ الثالثُ : هٰذهِ أَمتي ووَلدُها عَبدي ، ولا بيِّنةَ لواحدٍ منهُم . . قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : فإنَّه يعتَقُ ثُلثُ الجاريةِ وثُلثُ وَلدِها بإقرارِ مَنْ قالَ : هيَ أُمُّ وَلدِ أَبينا . ويعتقُ ثُلثٌ ثانٍ مِنَ الولدِ بإقرارِ مَنْ قالَ : الجاريةُ أُمَّ وَلدي ووَلدُها منِّي ، ويصيرُ ثُلثُ الجاريةِ أُمَّ وَلدٍ لَه ، ويَسري إلىٰ ثُلثِ الجاريةِ وثُلثِ وَلدِها ، فيلزمُ الذي أَقرَّ بكونِها أُمَّ وَلدٍ لَه ثُلثُ قيمَتِها وثُلثُ قيمةِ وَلدِها إنْ

(١) في نسخة : (يعتق) .

كانَ موسِراً بقيمتِها للذي ٱدَّعىٰ أَنَّهما مملوكانِ لَه . ويثبتُ نَسبُ الولدِ مِنَ الذي ٱدَّعىٰ أَنَّه ٱبنُهُ ؛ لأَنَّه أَقرَّ بثبوتِ نسبِه منهُ ولا منازعَ لَه في ذٰلكَ . ولا يثبتُ النَّسَبُ مِنَ الأَبِ ؛ لأَنَّه إِقرارٌ مِنْ بعضِ الورثةِ .

فرعٌ : [علّق عتق عبده علىٰ حَجِّه العام] :

إذا قالَ : إنْ لَم أَحجَّ العامَ فعبديَ حرٌّ ، فٱدَّعىٰ أَنَّه حَجَّ ، فأَقامَ العبدُ بيِّنةً أَنَّه كانَ يومَ النحرِ بالكوفةِ . . قالَ في « الفروعِ » : عَتقَ العبدُ ؛ لأَنَّ الحالَ إِذا كانَ كذٰلكَ ٱستحالَ أَنْ يكونَ حَجَّ تِلكَ السَّنةِ .

مسائِلُ مِنَ الدَّورِ في العتقِ :

إذا أَوصىٰ رجلٌ بعتقِ عبدٍ ، فٱكتسبَ العبدُ مالاً بعدَ الوصيَّةِ وقَبْلَ موتِ سيِّدهِ . . فإِنَّ جميعَ كَسبهِ يكونُ مِلكاً لسيِّدهِ ولِورثتهِ بعدَهُ ؛ لأَنَّ عَتْقَهُ قَبْلَ موتِ سيِّدهِ غيرُ لازمٍ ؛ لأَنَّ للموصي أَنْ يرجعَ في وصيَّتهِ بعَتْقِهِ .

وإِنْ ماتَ الموصي فٱكتسبَ هٰذا العبدُ مالاً بعدَ موتِ سيِّدهِ وقَبْلَ الإِعتاقِ ، فإِنْ كانَ العبدُ يَخرجُ مِنَ الثُّلثِ . . فإِنَّ جميعَ الكسبِ لَه ؛ لأَنَّ العبدَ قدِ ٱستحقَّ العتْقَ بموتِ سيِّدهِ ، وإِنَّما تأَخَّرَ إِعتاقهُ بتفريطِ الوصيِّ أَوِ الوارثِ . وإِنْ لَم يخرجْ مِنَ الثُّلثِ ولَم تُجزِ الورثةُ . . كانَ للعبدِ مِنَ الكسبِ بقَدْرِ ما عتقَ منهُ . فإِنْ عتقَ منهُ ثُلثُهُ . . كانَ لَه ثُلثُ كَسبهِ ، وإِنْ عتقَ منه نصفُهُ . . كانَ لَه نصفُ كسبهِ ، وباقي كَسبهِ لِلورثةِ ؛ لأَنَّ الكَسبَ حصلَ منهُ بعدَ أَنْ دَخلَ ما لَم يُستَحقَّ إِعتاقُهُ في مِلكِهم .

وإِنْ أَعتقَ في مرضِ موتهِ عبداً لَه ، وماتَ السيِّدُ ، ثمَّ كَسبَ العبدُ مالاً بعدَ موتِ سيِّدهِ وعلىٰ السيِّدِ دَينٌ يُحيطُ بتركتهِ . . فإِنَّ العبدَ لا يعتَقُ ، ويُباعُ في الدَّينِ ، والكَسبُ لِلورثةِ ولا يُقضىٰ الدَّينُ مِنَ الكَسبِ .

وقالَ أَبو سعيدٍ الإصطخريُّ : يقضىٰ الدَّينُ مِنَ الكَسبِ . **والمنصوصُ هوَ الأَوَّلُ** .

وإِنْ لَم يكنْ علىٰ الميِّتِ دَينٌ . . فإِنَّ جميعَ الكَسبِ لِلعبدِ إِنْ كانَ يَخرجُ مِنَ الثُّلثِ . وإِنْ كانَ لا يَخرجُ مِنَ الثُّلثِ . . فلَه مِنَ الكَسبِ بقَدْرِ ما عتقَ منهُ ، ولِلورثةِ بقَدْرِ ما رقَّ

منهُ ، ولا تزدادُ التركةُ هاهُنا بالكَسبِ ؛ لأنَّه حَدثَ في مِلكِهم . ولا دورَ في شيءٍ مِنْ هٰذهِ المسائِلِ .

وإِنْ أَعتقَ عبداً في مرضِ موتهِ فأكتسبَ العبدُ مالاً بعدَ العتقِ وقَبْلَ موتِ سيِّدهِ ، فإِنْ خرجَ العبدُ مِنَ الثُّلثِ . . كانَ جميعُ الكسبِ للعبدِ . وإِنْ لَم يخرجْ مِنَ الثُّلثِ . . دَخلَهُ الدَّورُ ؛ لأَنَّ الكَسبَ يَتقسَّطُ علىٰ ما فيهِ مِنَ الحرِّيَّةِ والرقِّ ، فما قابلَ ما فيهِ مِنَ الحرِّيَّةِ . . كانَ للعبدِ بغيرِ وَصيَّةٍ . وما قابلَ ما فيهِ مِنَ الرقِّ . . فهوَ للسيِّدِ فتزدادُ تركتُهُ بذٰلكَ . فإِذا ٱزدادتِ التركةُ . . ٱزدادَ العتْقُ ، وإِذا ٱزدادَ العتْقُ . . ٱزدادَ ٱستحقاقُ العبدِ مِنَ الكَسبِ فدارتِ المسأَلةُ .

فإِنْ كانتْ قيمةُ العبدِ مئةً وكسبُهُ مئةً ولا مالَ للسيِّدِ غيرُ ذٰلكَ . . فحسابُهُ أَنْ تَقولَ :

يعتَقُ مِنَ العبدِ شيءٌ ، ولَه مِنْ كسبهِ شيءٌ مِنْ غيرِ وَصيَّةٍ فيبقىٰ في يدِ الورثةِ مئتانِ إِلاَّ شيئينِ تعدلُ مِثلَي ما عَتَقَ منهُ ـ وهوَ شيئانِ ـ فإِذا جَبرتَ المئتينِ بالشيئينِ الناقصينِ وزدتَهُما علىٰ الشيئينِ المعادِلينِ . . صارَ معَ الورثةِ مئتانِ يعدلانِ أَربعةَ أَشياءَ ، فإِذا قَسَّمتَ المئتينِ علىٰ أَربعةِ أَشياءَ . . أَصابَ كلَّ شيءٍ خمسونَ ، فيُعلَمُ أَنَّ الشيءَ المطلوبَ خمسونَ ـ وهوَ نصفُ العبدِ ـ فيُعْتَقُ منهُ نصفُهُ ويتبعُهُ شيءٌ ـ وهوَ نصفُ كَسبهِ ـ فيبقىٰ معَ الورثةِ مِنَ العبدِ شيءٌ ـ وهوَ خمسونَ ـ ومِنْ كسبهِ شيءٌ ـ وهوَ خمسونَ ـ فذٰلكَ مئةٌ ، وهوَ مِثلا ما عَتَقَ منهُ .

وإِنَّما قلتُ : يتبعُهُ شيءٌ ؛ لأَنَّ الكسبَ مثلُ قيمتهِ ، ولَو كسبَ مِثلَيْ قيمتهِ . . لَقلتُ : يتبعُهُ شيئانِ ، وإِنْ كسبَ ثلاثةَ أَمثالِ قيمتهِ . . لَقلتُ : يتبعُهُ ثلاثةُ أَشياءَ . وإِنْ كسبَ مِثلَيْ[1] نصفِ قيمتهِ . . لقلتُ : يتبعُهُ مِنْ كسبهِ نصفُ شيءٍ .

وإِنْ تركَ السيِّدُ مئةً ، وكسبَ العبدُ مئةً ، وقيمةُ العبدِ مئةٌ . . فحسابُهُ أَنْ يقولَ : يَعتَقُ مِنَ العبدِ شيءٌ ، ولَه مِنْ كسبهِ شيءٌ بغيرِ وصيَّةٍ ، فيبقىٰ في يدِ الورثةِ ثلاثُ مئةٍ إِلاَّ شيئينِ تعدلُ شيئينِ ، فإِذا جُبرتْ . . عَدلَتِ الثَّلاثُ مئةٍ أَربعةَ أَشياءَ ، الشيءُ خمسةٌ وسبعونَ ـ وهوَ ثلاثةُ أَرباعِ العبدِ ـ فيعتَقُ ذٰلكَ منهُ ، ولَه مِنْ كسبهِ مثلُ ذٰلكَ ، فيبقىٰ في

---

(١) في نسخة : (مثل) .

يدِ الورثةِ المئةُ التي تركَها مورِّثُهم ، ومِنَ العبدِ ما قيمتُهُ خمسةٌ وعشرونَ ومِنْ كَسبهِ خمسةٌ وعشرونَ ، فذٰلكَ مئةٌ وخمسونَ ، وهوَ[١] مِثلا ما عَتَقَ مِنَ العبدِ .

وإنْ كسبَ العبدُ مئةً ، وقيمتُهُ مئةٌ ، وعلىٰ السيِّدِ دَينٌ مئةُ دينارٍ ولا مالَ لَه غيرُ ذٰلكَ . . فحسابُهُ أَنْ نقولَ :

يعْتَقُ مِنَ العبدِ شيءٌ ، ولَه مِنْ كسبهِ شيءٌ بغيرِ وَصيَّةٍ ، فبقيَ في يدِ الورثةِ مئتانِ إلاَّ شيئينِ ، يُخرَجُ مِنْ ذٰلكَ مئةٌ للدَّينِ ، يبقىٰ مئةٌ إلاَّ شيئينِ تعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتِ المئةُ أَربعةَ أَشياءَ ، الشيءُ خمسةٌ وعشرونَ ، فيُعتَقُ قَدْرُ ذٰلكَ مِنَ العبدِ ـ وهوَ رُبعهُ ـ ولَه ربعُ كسبهِ ، فبقيَ في يدِ الورثةِ خمسونَ ، وهوَ مِثلا ما عتقَ مِنَ العبدِ .

ولوِ ٱستقرضَ السيِّدُ في حياتهِ المئةَ التي كَسبَهَا العبدُ وأَتلفَها ، وماتَ ، ولا مالَ لَه غيرُ العبدِ . . قيلَ للعبدِ : إنْ أَبرأتَ ممَّا تَستحقُّهُ مِنَ الكسبِ . . عتقَ ثُلثُكَ ورَقَّ ثُلثاكَ ، وإنْ طالبتَ بِما تستحقُّهُ مِنَ الكسبِ . . فحسابُهُ أَنْ يُقالَ :

يعتَقُ مِنَ العبدِ شيءٌ ، ولَه مِنْ كسبهِ شيءٌ بغيرِ وَصيَّةٍ دَينٌ علىٰ السيِّدِ ، فبقي في يدِ الورثةِ مئةٌ إلاّ شيئينِ تعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتِ المئةُ أَربعةَ أَشياءَ ، الشيءُ رُبعُ العبدِ ، فيعتَقُ رُبعهُ ـ وقيمتُهُ خمسةٌ وعشرونَ ـ ويَرِقُّ ثلاثةُ أَرباعهِ ـ وقيمتُهُ خمسةٌ وسبعونَ ـ ويقالُ للورثةِ : إنِ ٱخترتُم أَنْ تُعطوا العبدَ مِنْ خاصِّ أَموالِكم خمسةً وعشرينَ ـ وهوَ ما يستحقُّهُ مِنْ كسبهِ ـ مَلكتُم ثَلاثةَ أَرباعهِ . وإنِ ٱخترتُم بيعَهُ . . بعتُم رُبعَهُ بدَينهِ ، ومَلكتُم بالإرثِ نصفَهُ ، وهوَ مِثلا ما عتقَ منه .

فإنِ ٱختارَ العبدُ أَنْ يأخذَ رُبعَ رقبتهِ بدَينهِ . . قالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : كانَ أَحقَّ بهِ مِنَ الأَجنبيِّ . فإذا أَخذَهُ . . عتقَ نصفُهُ .

وإنْ كانَ بَدَلُ الكَسبِ في هٰذهِ المسائلِ مالاً وُهِبَ للعبدِ ، أَو أَرشَ جنايةٍ عليهِ ، أَو كانتْ جاريةً فوطِئَها رجلٌ بشبهةٍ ، أَو حَبلَتْ بعدَ أَنْ أعتقَتْ ووَلدَتْ ، أَو داراً فٱستُغِلَّتْ . . فحكمُهُ حكمُ الكسبِ علىٰ ما ذكرناهُ .

---

(١) في (م) : (ذٰلك) .

فرعٌ : [أعتق في مرض موته عبداً فزادت قيمته قبل موته] :

وإنْ أَعتقَ في مرضِ موتهِ عبداً قيمتُهُ مئةٌ ، أَو وَهبَهُ لغيرِهِ وأَقبضَهُ ، فزادتْ قيمةُ العبدِ قَبلَ موتِ سيِّدهِ ، فبلغتْ ستَّ مئةٍ ، وماتَ السيِّدُ ولا مالَ له غيرُ العبدِ . . فهوَ كالكسبِ ، وحسابُهُ أَنْ نقول : يَعتقُ منهُ شيءٌ ويتبعُهُ بالزيادةِ خمسةُ أَشياءَ بغيرِ وَصيَّةٍ ، فيبقىٰ في يدِ الورثةِ ستُّ مئةٍ إلاّ ستَّةَ أَشياءَ تَعدِلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ الستُّ مئةٍ ثمانيةَ أَشياءَ ، فإذا قُسِّمتِ الستُّ مئةٍ علىٰ ثمانيةِ أَشياءَ . . خصَّ كلَّ شيءٍ خمسةٌ وسبعونَ درهماً ، وهوَ قيمةُ ثلاثةِ أَرباعهِ يومَ عتقَ ، فيَعتقُ ثلاثةُ أَرباعهِ ، ولا يحتَسبُ علىٰ العبدِ بزيادةِ قيمةِ ثلاثةِ أَرباعهِ ، ويبقىٰ لِلورثةِ رُبعُهُ ، وقيمتُهُ يومَ ماتَ سيِّدهُ مئةٌ وخمسونَ ، وهوَ مِثلا قيمةِ ما عتقَ مِنَ العبدِ يومَ العتقِ .

ولَو لَم تَزِدْ قيمةُ العبدِ ولٰكنْ نَقَصتْ قيمتُهُ بعدَ ما أُعتِقَ وقَبلَ أَنْ يَقبضَهُ الورثةُ فبلغتْ قيمتُهُ خمسينَ . . فحسابُهُ أَنْ نقولَ : يعتَقُ منهُ شيءٌ ويبقىٰ مئةٌ إلاَّ شيئاً حصلَ ذٰلكَ في يدِ الورثةِ ، وهوَ خمسونَ إلاَّ نصفَ شيءٍ يعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتِ الخمسونَ شيئينِ ونصفَ شيءٍ ، فإذا قَسَّمتَها . . كانَ الشيءُ عشرينَ ، فيَعتقُ ذٰلكَ منهُ ـ وذٰلكَ خُمُسُ العبدِ يومَ أُعتِقَ ـ ويبقىٰ لِلورثةِ أَربعةُ أَخماسِهِ وقيمتُهُ يومَ قَبضهُ الورثةُ أَربعونَ ، وذٰلكَ مِثلا ما عَتقَ مِنَ العبدِ . وهٰكذا الحكمُ في الهبةِ .

وفيهِ وجهٌ آخَرُ : أَنَّه لا يُحتسبُ علىٰ العبدِ ولا علىٰ الموهوبِ بِما نَقَصَ مِنَ القيمةِ في يدهِ ، فيصحُ العَتْقُ والهبةُ في ثُلثِهِ ويرقُّ ثُلثَاهُ ؛ لأَنَّ المعتقَ والموهوبَ لَه لَم يستقرَّ مِلكُهم علىٰ ما قَبضوا مِنْ وَصاياهُم . أَلا ترىٰ أَنَّهم ممنوعونَ مِنَ التصرُّفِ فيهِ حتَّىٰ تُقَسَّمَ التركةُ ؟ فكانتْ أَيديهم كَيَدِ المودعِ الحافظِ علىٰ الميِّتِ تركتَهُ حتَّىٰ تُقَسَّمَ التركةُ فلَم يَضمنوا ، أَلا ترىٰ أَنَّ التركةَ لَو كانتْ في يدِ الورثةِ وهُم ممنوعونَ مِنَ التصرُّفِ فيها لِحَقِّ الغرماءِ وأَهلِ الوَصايا فنقَصتْ في أَيديهم ؛ لما ٱحتُسِبَ عليهِم بِما نَقَص في أَيديهم مِنْ حقوقِهم ؟ فكذٰلكَ المعتَقُ والموهوبُ .

قالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : **وظاهرُ كلامِ الشافعيِّ بخلافِ هٰذا** .

فرعٌ : [وهب في مرض موته وأقبضه فمات العبد] :

فإنْ وَهبَ في مرضِ موتهِ لغيرهِ عبداً قيمتُهُ مئةٌ ، وأَقبضَهُ الموهوبَ لَه ، فماتَ العبدُ في يدِ الموهوبِ لَه ، ثمَّ ماتَ الواهبُ ولا مالَ لَه غيرُ العبدِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الهبةَ صحيحةٌ ؛ لأَنَّ العبدَ لَم يبقَ ، فتقعَ فيهِ المواريثُ ولا تركةَ هناكَ فيدخلَ العبدُ في التركةِ ليجريَ فيها ما تُوجبهُ الوصيَّةُ .

والثاني : أَنَّ الهبةَ باطلةٌ ؛ لأَنَّ هبتَهُ في مرضِ موتِهِ وَصيَّةٌ ولا تصحُّ حتَّىٰ يبقىٰ لِلوَرثةِ مِثلاهُ .

فعلىٰ هٰذا : لا يَلزمُ الموهوبَ لَه ضمانُ العبدِ ؛ لأَنَّ العقدَ الفاسدَ يَجري مجرىٰ الصحيحِ ، في الضمانِ .

فإنْ كسبَ العبدُ في يدِ الموهوبِ لَه أَلفاً ، ثمَّ ماتَ العبدُ ، ثمَّ ماتَ سيِّدُهُ . . صحَّتِ الهبةُ في شيءٍ منهُ ، ولِلموهوبِ لَه مِنْ كسبهِ عشرةُ أَشياءَ ، فبقيَ في يدِ الورثةِ أَلفٌ إلاَّ عشرةَ أَشياءَ ، تَعدِلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتِ ٱثني عشرَ شيئاً ، فإذا قُسِّمتِ الأَلفُ علىٰ ٱثني عَشرَ شيئاً . . أَصابَ الشيءَ ثلاثةٌ وثمانونَ وثُلثُ درهمٍ ، وذٰلكَ خمسةُ أَسداسِ العبدِ ، وهوَ الذي صحَّتْ فيهِ الهبةُ . فللموهوبِ لَه خمسةُ أَسداسِ الأَلفِ بغيرِ وصيَّةٍ ، ولورثةِ الواهبِ سدسُ الأَلفِ وهوَ مِثلا ماصحَّتْ فيهِ الهبةُ ولا يُحتَسبُ ذٰلكَ علىٰ الورثةِ بِما تلِفَ مِنَ العبدِ ؛ لأَنَّه لَم يَحصلْ في أَيديهم . ولا يَضمنُ الموهوبُ لَه حصَّةَ الورثةِ منهُ ؛ لأَنَّ يدَهُ يدُ أَمانةٍ .

فرعٌ : [أعتق عبداً في مرض موته فماتا] :

فإنْ أَعتقَ في مرضِ موتهِ عبداً قيمتُهُ مئةٌ ، فماتَ العبدُ ، ثمَّ ماتَ السيِّدُ ولا مالَ لَه . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ العبدَ ماتَ رقيقاً ؛ لأَنَّ عتقَهُ في مرضِ الموتِ وَصيَّةٌ ، ولَم يبقَ للورثةِ مِثلا قيمتِهِ .

والثاني : أَنَّه ماتَ حرّاً ؛ لأَنَّ عتقَ المريضِ لَم يَمنعْ وَرثتَهُ مِنْ إرثِه[١] ، فصارَ كأَنَّه لَم يُتلِفْ عليهِم شيئاً ، فصارَ كعتقِ الصحيحِ .

فإنْ كسبَ العبدُ مالاً بعدَ عَتْقِهِ وقَبْلَ موتِ سيِّدِه ، وماتَ العبدُ وخلَّفَهُ ، ثمَّ ماتَ سيِّدُهُ . . قالَ ابنُ اللَّبّانِ : تغيَّرَ هٰذا المعنىٰ ؛ لأَنَّ السيِّدَ ليسَ لَه أَنْ يُدخلَ علىٰ وَرثتهِ ما يمنعُهم مِمَّا يلحَقُ بحكمِ هٰذا العبدِ مِنْ كسبهِ ، ولا يتهيَّأُ لَهم أَنْ يأْخذوا مالَ حرٍّ إلاَّ مِنْ جهةِ الميراثِ .

فإنْ تركَ العبدُ مئتي درهمٍ فما زادَ ولا وارثَ لَه إلاَّ مولاهُ . . ماتَ العبدُ حرّاً ، ووَرِثَهُ السيِّدُ بالوَلاءِ ، وحصلَ لِورثةِ السيِّدِ .

وإنْ تركَ العبدُ مئةَ درهمٍ . . ماتَ العبدُ ونصفُهُ حرٌّ ونصفُهُ رقيقٌ ، ووَرِثَ السيِّدُ نصفَ المئةِ ، ونصفَها في حقِّ الملكِ في أَحدِ الوجهينِ . وفي الثاني : ماتَ حرّاً كلُّه ، نصفُهُ بالوصيَّةِ ؛ لأَنَّ معَ وَرثةِ السيِّدِ مِثلَيهِ ، ونصفُهُ بغيرِ وَصيَّةٍ ؛ لأَنَّه لَم يبقَ حتَّىٰ يَجريَ فيهِ الميراثُ .

وإنْ تركَ العبدُ مئتي درهمٍ وبنتاً وارثةً ومولاهُ . . فإنْ قُلنا بالقولِ **الجديد** ، وأَنَّ مَنْ ماتَ وبعضُهُ حرٌّ وبعضُهُ مملوكٌ وَرِثَ عنهُ وَرثتُهُ ما مَلَكَهُ ببعضِهِ الحرِّ . . دخلَها الدَّورُ ، فنقولُ : عَتقَ منهُ شيءٌ ولَه مِنْ كسبهِ شيئانِ ، ترثُ البنتُ شيئاً ، ويَرِثُ المَولىٰ شيئاً بحقِّ الوَلاءِ ، وباقي كسبهِ لِلمَولىٰ بحقِّ المِلكِ ، فيبقىٰ في يدِ المَولىٰ مِئَتانِ إلاّ شيئاً[٢] ، تعدلُ شيئينِ فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتِ المئتانِ ثلاثةَ أَشياءَ ، الشيءُ ثُلثا المئةِ ، فيَعتقُ ثُلثا العبدِ ، فيكونُ لَه ثُلثا كسبهِ وهوَ مئةٌ وثلاثةٌ وثلاثون وثلثٌ ، فترثُ البنتُ نصفَ ذٰلكَ ، ويرثُ المَولىٰ نصفَ ذٰلكَ بحقِّ الولاءِ ، ويأْخذُ باقيَ كسبهِ بحقِّ المِلكِ فيكونُ للمَولىٰ مئةٌ وثلاثةٌ وثلاثونَ وثلثٌ ، وهوَ مِثلا ما عَتقَ مِنَ العبدِ .

وإنْ قُلنا بالقولِ **القديم** ، وأَنَّ وَارثَهُ لا يرثُ عنهُ ما مَلَكَهُ ببعضهِ الحرِّ ، وقُلنا : يكونُ لسيِّدهِ . . ماتَ العبدُ حرّاً كلُّهُ ، وجميعُ كسبهِ لمَولاهُ ، ولا ترثُهُ البنتُ ؛ لأَنَّ في

---

(١) في (م) : (ميراثه) .
(٢) في (م) : (شيئين) .

تَوريثِها ما يَنقصُ تركةَ السيِّدِ فلا يخرجُ العبدُ مِنْ ثُلثِهِ ، فيؤَدِّي إِلىٰ رقِّ بعضِهِ ، وإذا رُقَّ بعضُهُ . . لَم ترثْهُ البنتُ ، فكانَ توريثُها يؤدِّي إِلىٰ أَنْ لا ترِثَ ، فمُنِعَتِ الإِرثَ .

وإنْ تركَ العبدُ أَربعَ مئةِ درهمٍ فصاعداً . . ماتَ العبدُ حرّاً كلُّهُ في أَحدِ القولينِ وورِثَتِ البنتُ مِئتينِ والسيِّدُ مِئتينِ .

وإنْ تركَ العبدُ ٱبناً ومِئَتي درهمٍ ، وقُلنا بالقولِ **الجديدِ** . . عَتقَ مِنَ العبدِ شيءٌ ، ولَه مِنْ كسبهِ شيئانِ يَرثُهما ٱبنُهُ ، والباقي مِنَ الكسبِ للسيِّدِ ، وهوَ مِئتانِ إلاَّ شيئينِ تعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عدلتْ أَربعةَ أَشياءَ ، الشيءُ خمسونَ ـ وهوَ نصفُ قيمةِ العبدِ ـ فيَعتقُ نصفُهُ ، فيكونُ لَه نصفُ كسبهِ ، وهوَ مئةٌ يرثُها ٱبنُهُ ، ويكونُ لسيِّدهِ نصفُ كسبهِ ، وهوَ مئةٌ ، وذٰلكَ مِثلا ما عَتقَ مِنَ العبدِ .

وإنْ قُلنا **بالقديم** . . ماتَ العبدُ حرّاً كلُّهُ ، وكانَ الكسبُ كلُّهُ للسيِّدِ ، ولا يرثُ الابنُ شيئاً ؛ لأَنَّ توريثَهُ يؤَدِّي إِلىٰ أَنْ لا يرثَ علىٰ ما تقدَّمَ .

فإنْ ماتَ ٱبنُ العبدِ بعدَ العبدِ ، ثمَّ ماتَ السيِّدُ ولا وارثَ للابنِ غيرُ مَولىٰ أَبيهِ . . عتقَ جميعُ العبدِ ، وورِثَ ٱبنُهُ جميعَ المئتينِ ، ثمَّ وَرِثَ السيِّدُ ٱبنَ العبدِ ، فيحصلُ لِورثتِهِ مِثلا قيمةِ العبدِ . فلَو لَم يُخلِّفِ العبدُ شيئاً ولٰكنْ خلَّفَ ٱبنُ العبدِ مئتي درهمٍ ، وتَركَ مَولىٰ أَبيهِ ومولىٰ أُمِّهِ . . ماتَ الأَبُ حرّاً ، وورِثَ مَولىٰ العبدِ الابنُ ، فيحصلُ معَ وَرثتِهِ مِثلا قيمةِ العبدِ .

وإنْ تركَ ٱبنُ العبدِ أَقلَّ مِنْ مِثلَي قيمةِ أَبيهِ ، فإنْ قُلنا : إنَّ العبدَ ماتَ رقيقاً . . لَم يرثْ مَولىٰ العبدِ مِنَ ٱبنِ العبدِ شيئاً . وإنْ قُلنا : إنَّه ماتَ حرّاً . . وَرِثَهُ .

قالَ ٱبنُ اللَّبَانِ : فإنْ لَم يَمُتِ العبدُ ولٰكنْ ماتَ ٱبنُهُ وخلَّفَ أَلفَ درهمٍ ، ثمَّ ماتَ السيِّدُ . . عتقَ العبدُ ، ولَم يَرثْ مِنِ ٱبنهِ شيئاً ، وورِثَهُ السيِّدُ بالوَلاءِ .

فإنْ قيلَ : فهلاَّ وَرِثَ العبدُ ٱبنَهُ وقدْ تمَّ عتقُهُ ؟

قيلَ : لَو وَرِثَهُ لما خرجَ مِنَ الثُّلثِ فيُرَقُّ بعضُهُ فلا يرثُ ، فكانَ توريثُهُ يؤَدِّي إِلىٰ قَطعِهِ فلَم يرثْ ، فكانَ السيِّدُ أَحقَّ بميراثهِ .

فإنْ تركَ ٱبنُ العبدِ مئةً . . عتقَ مِنَ العبدِ شيءٌ وجرَّ[1] مِنْ وَلاءِ وَلدِهِ بقَدْرِ ما عتقَ منهُ ، فورِثَ السيِّدُ مِنَ المئةِ التي تَركها الابنُ شيئاً ، فيَحصلُ ذٰلكَ معَ باقي العبدِ لِورثةِ السيِّدِ ، وذٰلكَ مئةٌ تعدلُ شيئينِ ، فالشيءُ خمسونَ ـ وهوَ نصفُ العبدِ ـ فيعتَقُ نصفُ العبدِ فيُجَرُّ إلىٰ سيِّدِهِ نصفُ وَلاءِ وَلدِهِ ، فيَرِثُ نصفَ المئةِ التي تَركها الابنُ معَ نصفِ العبدِ ، وذٰلكَ مئةٌ مِثلا ما عتقَ مِنَ العبدِ .

وإنْ تركَ ٱبنُ العبدِ خمسينَ . . قلتُ : يَعتَقُ مِنَ العبدِ شيءٌ ، ووَرِثَ السيِّدُ ممَّا تركَ ٱبنُ العبدِ نصفَ شيءٍ ، فبقيَ في يدِهِ مئةٌ إلاَّ نصفَ شيءٍ تعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ شيئينِ ، ونصفاً ، الشيءُ خُمُسا المئةِ ، فيَعتَقُ خُمُسا العبدِ وقيمتُهُ أَربعونَ ، فيرثُ السيِّدُ خُمُسي الخمسينَ ، وهوَ عشرونَ معَ ما بقيَ مِنَ العبدِ ـ فذٰلكَ ثمانونَ ـ وهوَ مِثلا ما عتقَ مِنَ العبدِ .

فرعٌ : [أعتق جارية فوطئها قبل موته] :

وإنْ أَعتقَ في مَرضِ موتِهِ جاريةً لَهُ قيمتُها مئةٌ ، فوطئَها قَبْلَ مَوتِهِ ، ومهرُ مثلِها خمسونَ ، ولا مالَ لَه غيرُها ، ثمَّ ماتَ . . فحسابُهُ أَنْ يُقالَ :

يَعتَقُ منها شيءٌ بوصيَّةٍ ، ولَها علىٰ سيِّدِها نصفُ شيءٍ بغيرِ وَصيَّةٍ ، فبقيَ في يدِهِ جاريةٌ قيمتُها مئةٌ إلاَّ شيئاً ونصفَ شيءٍ تعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتْ ثلاثةَ أَشياءَ ، ونصفاً الشيءُ سُبعاها ، فيَعتَقُ سُبعا الجاريةِ ، وتَستحقُّ الجاريةُ سُبعي مَهرِها ، وذٰلكَ قَدْرُ سُبعِ رقبتِها ، فتباعُ بمهرِها ، فيبقىٰ في يدِ الورثةِ أَربعةُ أَسباعِها ، وهوَ مِثلا ما عتقَ منها . فإنْ حَبلَتْ مِنْ هٰذا الوطءِ ووَلدَتْ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تَعتَقُ مِنْ جهةِ أَنَّها أُمُّ ولدٍ لا مِنْ جهةِ الوصيَّةِ ؛ لأَنَّ الميِّتَ لا ثُلثَ لَه .

والثاني : تَعتَقُ مِنْ حينَ أَعتقَها سيِّدُها ؛ لأَنَّها لَم تبقَ علىٰ مِلكِ الميِّتِ فتجريَ في الميراثِ والوصيَّةِ ، فصار عتقُ الميِّتِ مانعاً لِلورثةِ مِنْ أَنْ يَرثُوها ، فيكونُ كعتْقِ الصحيحِ ، ويجبُ لَها المهرُ في ذمَّة السيِّدِ .

---

(١) في نسخة : (جزء) .

قالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : **والأَوَّلُ أَشبهُ بمذهبِ الشافعيِّ** .

فإنْ تركَ السيِّدُ مئةَ درهمٍ . . عتقَ منها شيءٌ بالوصيَّةِ يومَ أُعتِقَتْ ، ولَها نصفُ شيءٍ بالمهرِ تأخذُهُ مِنَ المئةِ ، ويعتَقُ باقيها بالإحبالِ مِنْ رأسِ المالِ ، فبقيَ في يدِ الورثةِ مئةُ درهمٍ إلاَّ نصفَ شيءٍ تعدلُ شيئينِ ، فإذا جَبرتَها . . عَدلَتْ شيئينِ ونصفاً ، الشيءُ خُمُسا المئةِ ـ وهوَ أَربعونَ ـ فيعتَقُ مِنها بالوصيَّةِ خُمُساها ، ولَها خُمُسا مَهرِها ـ وهوَ عشرونَ مِنَ المئةِ ـ فيبقىٰ في يدِ الورثةِ ثمانونَ ، وهوَ مِثلا ما عتقَ منها بالوصيَّةِ .

مسأَلةٌ : [أعتق في مرض موته عبدين] :

ولَو أَعتقَ في مرضِ موتهِ عبدينِ ، قيمةُ كلِّ واحدٍ منهُما مئةٌ ، أَحدُهما قَبْلَ الآخَرِ ، فٱكتسبَ كلُّ واحدٍ منهُما مئةً بعدَ العَتْقِ وقَبْلَ موتِ السيِّدِ ، وماتَ السيِّدُ ولا مالَ لَه غيرُ ذٰلكَ . . عتقَ الأَوَّلُ بالوصيَّةِ ولَه جميعُ كسبهِ بغيرِ وَصيَّةٍ ، ولِلورثةِ العبدُ الثاني وكسبُهُ وذٰلكَ مِثلا قيمةِ الأَوَّلِ .

فإنْ كسبَ كلُّ واحدٍ منهُما مئتينِ . . عتقَ الأَوَّلُ ولَه كسبُهُ ، وعتقَ مِنَ الثاني تمامُ الثُّلثِ ، فيقالُ : عتقَ منهُ شيءٌ ، ولَه مِنْ كسبهِ شيئانِ ، فبقيَ في يدِ الورثةِ ثلاثُ مئةٍ إلاَّ ثلاثةَ أَشياءَ ، تعدلُ مِثلَي قيمةِ الأَوَّلِ ومِثلَي ما عتقَ مِنَ الثاني ـ وهوَ مئتانِ وشيئانِ ـ فإذا جَبرتَ الثلاثَ مئةٍ بالثلاثةِ الأَشياءِ الناقصةِ ، وزِدْتَها علىٰ الشيئينِ المقابلينِ لَها . . كانتِ الثلاثُ مئةٍ تعدلُ مئتي درهمٍ وخمسةَ أَشياءَ ، فأَسقِطْ مئتينِ بإزاءِ مئتينِ ، فتبقىٰ مئةٌ تعدلُ خمسةَ أَشياءَ ، الشيءُ خُمُسُ المئةِ ، فيعتَقُ خُمُسُ العبدِ الثاني ، وقيمةُ ما عتقَ منهُ عشرونَ ، فيأخذُ خُمُسَ كسبهِ ـ وهوَ أَربعونَ ـ فيبقىٰ في يدِ الورثةِ مِنْ قيمةِ الثاني ثمانونَ ، ومِنْ كسبهِ مئةٌ وستُّونَ فذٰلكَ مئتانِ وأَربعونَ وهوَ مِثلا قيمةِ الأَوَّلِ ومِثلا ما عَتقَ مِنَ الثاني .

فإنْ كسبَ كلُّ واحدٍ منهُما ثلاثَ مئةٍ . . عَتقَ الأَوَّلُ ولَه كسبُهُ ، وعَتقَ مِنَ الثاني شيءٌ ولَه مِنْ كسبهِ ثلاثةُ أَشياءَ ، فبقيَ في يدِ الورثةِ الثاني وكسبُهُ ، وهوَ أَربعُ مئةٍ إلاَّ أَربعةَ أَشياءَ تعدلُ مِثلَي قيمةِ الأَوَّلِ ومِثلَي ما عتقَ مِنَ الثاني ، وذٰلكَ مئتانِ وشيئانِ .

فإذا جبرتَ الأربعَ مئةٍ بالأربعةِ الأشياءِ الناقصةِ وزِدْتَها علىٰ الشيئينِ المقابلينِ . . صارتْ أربعَ مئةٍ تعدلُ ستَّةَ أشياءَ ومئتينِ ، فأسقطْ مئتينِ بإزاءِ مئتينِ ، فتبقىٰ مِئتانِ تعدلانِ ستَّةَ أشياءَ ، فالشيءُ الواحدُ سُدسُ المئتينِ ، وذٰلكَ قَدْرُ ثُلثِ قيمةِ الثاني ، فيَعتِقُ ثُلثُ الثاني ، ويتبعُهُ ثُلثُ كسبِهِ ـ وهوَ مئةٌ ـ فيبقىٰ معَ الورثةِ ثُلثا رقبةِ الثاني وثُلثا كسبِهِ ، وذٰلكَ مِثلا قيمةِ الأوَّلِ ومِثلا ما عَتقَ مِنَ الثاني .

ولَو لَم يَعتِقْ أَحدَهما بعدَ الآخرِ ولٰكنْ أَعتقَهُما بكلمةٍ واحدةٍ . . أُقرعَ بينهُما ، فمَنْ خرجتْ عليهِ قرعةُ العتقِ منهُما . . كانَ كما لَو بدأَ بعتقِهِ .

فرعٌ : [أعتق ثلاثة أعبد في مرض موته] :

وإنْ أَعتقَ في مرضِ موتهِ ثلاثةَ أَعبُدٍ لَه ، قيمةُ كلِّ واحدٍ منهُم مئةٌ ، أَحدَهم بعدَ الآخَرِ ، فاكتسبَ الأوَّلُ بعدَ عتْقِهِ وقَبْلَ موتِ سيِّدهِ مئة ، وماتَ السيِّدُ ولا مالَ لَه غيرُهم . . عَتقَ الأوَّلُ ولَه كسبهُ ، ورقَّ الآخرانِ وقيمتُهما مِثلا قيمةِ الأوَّلِ .

وإنْ كسبَ كلُّ واحدٍ منهُم مئةً . . عَتقَ الأوَّلُ وتبعَهُ كسبُهُ ، وعَتقَ مِنَ الثاني شيءٌ ولَه مِنْ كسبهِ شيءٌ ، فبقيَ في يدِ الورثةِ أربعُ مئةٍ إلاَّ شيئينِ تعدلُ مئتينِ ، وهوَ مِثلا قيمةِ الأوَّلِ وشيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتِ الأربعُ مئةٍ مئتينِ وأربعةَ أشياءَ ، فأسقطْ مئتينِ بإزاءِ مئتينِ ، فيبقىٰ مئتانِ يَعدلانِ أربعةَ أشياءَ ـ الشيءُ خمسونَ ـ فيَعتقُ نصفُ الثاني ويَتبعُهُ نصفُ كسبهِ ، فيبقىٰ معَ الورثةِ نصفُ الثاني ونصفُ كسبهِ ، والثالثُ وكسبُهُ ـ وذٰلكَ ثلاثُ مئةٍ ـ وهوَ مِثلا قيمةِ الأوَّلِ ومِثلا ما عَتقَ مِنَ الثاني .

فإنْ كسبَ كلُّ واحدٍ منهُم ثلاثَ مئةٍ . . عَتقَ الأوَّلُ والثاني ، ولَهما كسبُهُما ، وكانَ للورثةِ الثَّالثُ وكسبُهُ ، وذٰلكَ مِثلا قيمةِ الأوَّلِ والثاني .

وإنْ كسبَ كلُّ واحدٍ منهُم خَمسَ مئةٍ . . عَتقَ الأوَّلُ والثاني ، ولَهما كسبُهُما ، وعَتقَ مِنَ الثالثِ شيءٌ ولَه مِنْ كسبهِ خَمسةُ أشياءَ ، فيبقىٰ في يدِ الورثة ستُّ مئةٍ إلاَّ ستَّةَ أَشياءَ تعدلُ مِثلي قيمةِ الأوَّلِ والثاني وما عَتقَ مِنَ الثَّالثِ ، وذٰلكَ أَربعُ مئةٍ وشيئانِ ، فإذا جُبرَتْ . . عَدلَتِ الستُّ مئةٍ أَربعَ مئةٍ وثمانيةَ أَشياءَ ، فأَسقِطْ أَربعَ مئةٍ بإزاءِ أَربعِ مئةٍ ،

فيبقىٰ مئتانِ تعدلانِ ثمانيةَ أَشياءَ ، الشيءُ خمسةٌ وعشرونَ ـ وهوَ رُبعُ قيمةِ الثالثِ ـ فيَعتَقُ رُبعُهُ ويتبعُهُ رُبعُ كسبهِ ، فيبقىٰ مِنَ[1] الثَّالثِ ومِنْ كسبهِ أَربعُ مئةٍ وخمسونَ ، وذٰلكَ مِثلا قيمةِ الأَوَّلِ والثاني ومِثلا ما عَتقَ مِنَ الثَّالثِ .

وإِنْ أَعتَقهُم بكلمةٍ واحدةٍ وكسبُ أَحدِهم مئةٌ لا غيرَ . . أُقرِعَ بينهُم ، فإِنْ خرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ المكتَسِبِ . . عَتقَ جميعُهُ وتَبِعَهُ كسبُهُ ، ورقَّ الآخَرانِ وقيمتُهُما مِثلا قيمةِ الأَوَّلِ .

وإِنْ خرجتْ قرعةُ العَتْقِ علىٰ أَحدِ الآخَرَينِ . . عَتقَ جميعُهُ وبقيَ مِنَ الثُّلثِ شيءٌ ، فيُقرَعُ بينَ المكتسبِ وبينَ الباقي مِنَ العبدينِ اللَّذينِ لَم يَكتسبا ، فإِنْ خرجتْ قرعةُ العَتْقِ علىٰ الذي لَم يَكتسِبْ . . عَتقَ ثُلثُهُ ورَقَّ ثُلثاه والمكتسِبُ وكسبُهُ ، فيبقىٰ معَ الورثةِ مئتانِ وستَّةٌ وستُّونَ وثُلثانِ ، وذٰلكَ مِثلا قيمةِ الأَوَّلِ وما عَتقَ مِنَ الثاني .

وإِنْ خرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ المكتسبِ . . عَتقَ منهُ شيءٌ ولَه مِنْ كسبهِ شيءٌ ، فيبقىٰ في يدِ الورثةِ باقي رقبتِهِ وباقي كسبِهِ وجميعُ العبدِ الآخَرِ ، وذٰلكَ ثلاثُ مئةٍ إِلاّ شيئينِ تعدلُ مِثلَي قيمةِ الأَوَّلِ وما عَتقَ مِنَ الثاني ـ وذٰلكَ مئتانِ وشيئانِ ـ فإِذا جَبرتَ الثلاثَ مئةٍ بالشيئينِ الناقصينِ وزِدْتَهما علىٰ الشيئينِ المقابِلَينِ لَها . . صارتِ الثلاثُ مئةٍ تعدلُ مئتينِ وأَربعةَ أَشياءَ ، فأَسقِطْ مئتينِ بإِزاءِ مئتينِ ، فيبقىٰ مئةٌ تعدلُ أَربعةَ أَشياءَ ، الشيءُ رُبعُها ، فيعتَقُ رُبعُ العبدِ ويتبعُهُ رُبعُ كسبِهِ ، فيبقىٰ معَ الورثةِ ثلاثةُ أَرباعهِ وثلاثةُ أَرباعِ كسبهِ والعبدُ الآخَرُ ، ومبلغُ ذٰلكَ مئتانِ وخمسونَ ، وذٰلكَ مِثلا قيمةِ الأَوَّلِ وما عتقَ مِنَ الثاني .

وإِنْ أَعتقَ الثلاثةَ بكلمةٍ واحدةٍ ، وكَسبَ كلُّ واحدٍ منهُم مئةً . . أُقرِعَ بينهُم ، فمَنْ خرجَ لَه سهمُ العتقِ . . عَتقَ جميعُهُ وتبعَهُ كسبُهُ ، وقدْ بقيَ مِنَ الثُّلثِ شيءٌ فيُقرَعُ بينَ الآخَرينِ ، فمَنْ خرجَ لَه سهمُ العتقِ . . عَتقَ منهُ شيءٌ وتبعَهُ مِنْ كسبِهِ شيءٌ ، فيبقىٰ في يدِ الورثةِ أَربعُ مئةٍ إِلاَّ شيئينِ تعدلُ مئتينِ وشيئينِ ، فإِذا جبرتَ . . عَدلَتْ مئتينِ وأَربعةَ أَشياءَ ، فأَسقِطْ مئتينِ بإِزاءِ مئتينِ ، فيبقىٰ مئتانِ تعدلُ أَربعةَ أَشياءَ ـ الشيءُ خمسونَ ـ

---

(١) في نسخة : (مع) .

فيَعتقُ نصفُ الثاني[١] ويتبعُهُ[٢] نصفُ كسبِهِ ، ويبقىٰ معَ الورثةِ نصفُهُ ونصفُ كسبِهِ وجميعُ الثَّالثِ وكسبُهُ ، وذٰلكَ ثلاثُ مئةٍ ، وهوَ مِثلا قيمةِ الأَوَّلِ وما عَتقَ مِنَ الثاني .

وإنْ كانتْ قيمةُ أَحدِهم ثلاثَ مئةٍ وكَسبُهُ ثلاثَ مئةٍ ، وقيمةُ آخَرَ مئتينِ وكَسبُهُ مئتينِ ، وقيمةُ الثالثِ مئةٌ وكَسبُهُ مئةٌ ، وأَعتقَهُم بكلمةٍ واحدةٍ وماتَ ، ولا مالَ للسيِّدِ غيرُ ذٰلكَ . . أُقرِعَ بينهُم .

فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ مَنْ قيمتُهُ ثلاثُ مئةٍ . . عَتقَ جميعُهُ ولَه[٣] كسبُهُ ، وكانَ للورثةِ الآخرانِ وكسبُهُما ، ومبلغُ ذٰلكَ ستُّ مئةٍ ، وهوَ مِثلا قيمةِ المعتَقِ .

وإنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ مَنْ قيمتُهُ مئتانِ . . عَتقَ جميعُهُ وتبعَهُ كسبُهُ وبقيَ مِنَ الثُّلثِ بعضُهُ ، فتُعادُ القُرعةُ بينَ الآخرَينِ ، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ مَنْ قيمتُهُ مئةٌ . . عَتقَ جميعُهُ وتبعَهُ كسبُهُ ، وبقيَ للورثةِ الذي قيمتُهُ ثلاثُ مئةٍ وكسبُهُ ، وذٰلكَ مِثلا قيمةِ العبدينِ المعتَقينِ . وإنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ مَنْ قيمتُهُ ثلاثُ مئةٍ . . عَتقَ منهُ شيءٌ وتبعَهُ مِنْ كسبهِ شيءٌ ، فيبقىٰ في يدِ الورثةِ ثمانُ مئةٍ إلاَّ شيئينِ تعدلُ أَربعَ مئةٍ وشيئينِ ، فأجبِرِ الثمانيَ مئةٍ بالشيئينِ الناقصينِ وزِدْهُما علىٰ الشيئينِ المقابلَينِ لهما[٤] معَ أَربعِ مئةٍ ، فتكونُ ثمانيَ مئةٍ تعدلُ أَربعَ مئةٍ وأَربعةَ أَشياءَ ، فتَسقطُ أَربعُ مئةٍ بإزاءِ أَربعِ مئةٍ ، فيبقىٰ أَربعُ مئةٍ تعدلُ أَربعةَ أَشياءَ ، فالشيءُ مئةٌ ، وهوَ ثُلثُ العبدِ المقوَّمِ بثلاثِ مئةٍ ، فيَعتَقُ ثُلثُهُ ويَتبعُهُ ثُلثُ كسبهِ ، ويبقىٰ معَ الورثةِ ثُلثاهُ وثُلثا كسبهِ والمقوَّمُ بمئةٍ وكسبُهُ ، وذٰلكَ ستُّ مئةٍ ، وهوَ مِثلا قيمةِ الأَوَّلِ وما عَتقَ مِنَ الثاني .

وإنْ خرجَ سهمُ العتقِ أَوَّلاً علىٰ المقوَّمِ بمئةٍ . . عَتقَ كلُّه وتبعَهُ كسبُهُ ، وبقيَ بعضُ الثُّلثِ ، فتُعادُ القرعةُ بينَ الآخرَينِ ، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ المقوَّمِ بمئتينِ . . عَتقَ جميعُهُ وتبعَهُ كسبُهُ ، ورقَّ الثالثُ وقيمتُهُ ثلاثُ مئةٍ وكسبُهُ ثلاثُ مئةٍ ، وذٰلكَ مِثلا قيمةِ العبدينِ المعتَقينِ .

---

(١) في (م) : (الباقي) .

(٢) في نسخة : (وله) وكذا في مواضع آتية .

(٣) في نسخة : (وأخذ) .

(٤) في نسختين : (المعادلين لها) .

وإنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ المقوَّمِ بثلاثِ مئةٍ . . عَتقَ منهُ شيءٌ وتبعَهُ مِنْ كسبهِ شيءٌ ، فيبقىٰ في يدِ الورثةِ أَلفٌ إلاَّ شيئينِ تعدلُ مئتينِ وشيئينِ ، فإذا جَبرْتَ . . عَدلَتْ مئتينِ وأَربعةَ أَشياءَ ، فأَسقِطْ مئتينِ بإزاءِ مئتينِ ، فيبقىٰ ثمانُ مئةٍ تعدلُ أَربعةَ أَشياءَ ـ الشيءُ مئتانِ ـ وذٰلكَ ثُلثا العبدِ المقوَّمِ بثلاثِ مئةٍ ، فيَعتقُ ثُلثاهُ ويتبعُهُ ثُلثا كسبهِ ، فيبقىٰ معَ الورثةِ ثُلثُهُ وثلثُ كسبهِ وجميعُ العبدِ المقوَّمِ بمئتينِ وجميعُ كسبهِ ، وذٰلكَ كلُّه ستُّ مئةٍ ، وهوَ مِثلا قيمةِ الأَوَّلِ وما عَتقَ مِنَ الثاني .

واللهُ أعلم وبالله التوفيقُ

* * *

بابُ القرعةِ[١]

إذا أعتقَ عبيداً لَه في مرضِ موتهِ في حالةٍ واحدةٍ ، وماتَ ولَم يَحتمِلْهُمُ الثُّلثُ ، ولَم يُجزِ الورثةُ . . أُقرِعَ بينَهُم . وبهِ قالَ مالكٌ وأَحمدُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَعتَقُ مِنْ كلِّ واحدٍ منهُم ثُلثُهُ ويُستسعىٰ في قيمةِ باقيهِ) .

دليلُنا : ما روىٰ عمرانُ بنُ الحصينِ : (أَنَّ رجلاً أَعتقَ في مرضِ موتهِ ستَّةَ أَعبدٍ[٢] ولا مالَ لَه غيرُهم ، فأَقرعَ النبيُّ ﷺ بينهُم ، فأَعتقَ ٱثنينِ منهُم ، وأَرقَّ أَربعةً) .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنْ كانَ القصدُ عَتْقَ الثُّلثِ . . ففيهِ ستُّ مسائلَ :

الأُولىٰ : أَنْ يكونَ لَهم ثلثٌ صحيحٌ وتكونَ قيمتُهم متساويةً ، بأَنْ كانوا ثلاثةَ أعبدٍ قيمةُ كلِّ واحدٍ منهُم مئةٌ ، أَو ستَّةَ أَعبدٍ قيمةُ كلِّ واحدٍ مئةٌ ، فإِنْ كانوا ستَّةً . . جَعلَ كلَّ ٱثنينِ جُزءاً ، ثمَّ يُؤخَذُ ثلاثُ رِقاعٍ متساويةٍ فيَكتُبُ في كلِّ رُقعةٍ ما يريدُ ، وتُترَكُ في ثلاثِ بنادقَ[٣] مِنْ طينٍ أَو شمعٍ متساويةِ الصفةِ والوزنِ ، وتجفَّفُ وتغطَّىٰ بثوبٍ ، ويُقالُ لرجلٍ لَم يَحضُرِ الكتابةَ والبَنْدَقَةَ : أَخرِجْ بُندُقَةً ، فيَعملُ بما فيها .

ثمَّ هوَ بالخيارِ : بينَ أَنْ يَكتبَ الأَسماءَ وبينَ أَن يَكتبَ الحرِّيَّةَ والرقَّ ، فإِنِ ٱختارَ أَن يَكتبَ الأَسماءَ . . كتبَ في كلِّ رقعةٍ ٱسمَ ٱثنينِ .

ثمَّ إِن شاءَ أَخرجَ علىٰ الرقِّ ، وإِنْ شاءَ أَخرجَ علىٰ الحرِّيَّةِ . فإِنْ أَخرجَ علىٰ الرقِّ . . أَخرجَ رُقعةً ، ويقولُ : مَنْ فيها رقيقٌ ، فيفتحُ وينظرُ مَنْ فيها ، فيرقُّ ، ثمَّ يُخرِجُ رقعةً

---

(١) القرعة : مأخوذة من قرعته : إذا كففته ، كأنّه كفَّ الخصوم بذٰلك ، ومنه سميت المقرعة ؛ لأنه يكفُّ بها الدابة .

(٢) في نسختين : (مملوكين له) .

(٣) البنادق ـ جمعٌ ، والواحدة بُنْدُقَةٌ ـ : وهي كرة صغيرة يرمى بها ، بحجم حبة البندق من المكسرات .

أُخرىٰ فيقولُ : مَنْ فيها رقيقٌ ، فينظرُ مَنْ فيها ، فيرقُّ ، وتتعيَّنُ الحرِّيَّةُ[١] لِمَنْ في الثالثةِ ولا يَحتاجُ إِلىٰ إِخراجِها ؛ لأَنَّه لا فائدةَ في إِخراجِها .

وإِنْ شاءَ أَخرجَ أَوَّلاً علىٰ الحرِّيَّةِ ، فيُخرجُ رُقعةً فيقولُ : مَنْ فيها حرٌّ ، فينظرُ مَنْ فيها ، فيَعتَقُ ، ويرقُّ مَنْ في الرُّقعتينِ الباقيتينِ ، ولا يحتاجُ إِلىٰ إِخراجِها . والإِخراجُ علىٰ الحرِّيَّةِ أَولىٰ ؛ لأَنَّه أَقربُ .

وإِنِ ٱختارَ كَتْبَ الحرِّيَّةِ والرقِّ . . كتبَ في رُقعةٍ حرٌّ وفي رُقعتينِ رقٌّ ، ثمَّ يُخرجُ الرجلُ رُقعةً ويضعُها علىٰ جزءٍ مِنَ الثلاثةِ الأَجزاءِ ، وينظرُ ما فيها ، فإِنْ كانَ فيها الحرِّيَّةُ . . عَتقَ ذٰلكَ الجزءُ ورقَّ الجزءانِ الآخَران ، ولا يَحتاجُ إِلىٰ إِخراجِ الرُّقعتينِ الباقيتينِ ؛ لأَنَّه لا فائدةَ في ذٰلكَ .

وإِنْ خرجَ في الرُّقعةِ الأُولىٰ الرقُّ . . حكمَ برقِّ ذٰلكَ الجزءِ الذي خَرجتْ عليهِ ، ثمَّ يُخرِجُ رُقعةً ثانيةً علىٰ جُزءٍ ثانٍ ، فإِنْ خرجَ فيها رِقٌّ . . حكمَ برقِّ ذٰلكَ الجُزءِ وتعيَّنَ العتقُ لِلجزءِ الثالثِ . وإِنْ خرجَ في الثانيةِ الحرِّيَّةُ . . عتقَ الجزءُ الثاني ورقَّ الثالثُ ، ولا يَفتقرُ إِلىٰ إِخراجِ الرُّقعةِ الثالثةِ .

المسأَلةُ الثانيةُ : أَنْ يكونَ لِعَددِهم ثُلثٌ صحيحٌ وقيمتُهم مختلِفةٌ إِلاّ أَنَّه يمكنُ تعديلُ قيمتِهم ، مثلُ : أَنْ يكونوا ستَّةً قيمةُ ٱثنينِ أَلفانِ ، وقيمةُ ٱثنينِ أَربعةُ آلافٍ ، وقيمةُ ٱثنينِ ستَّةُ آلافٍ ، فيُجعَلُ العبدانِ اللَّذانِ قيمتُهما أَربعةُ آلافٍ جُزءاً ، ويُجعَلُ أَحدُ العبدينِ المقوَّمينِ بأَلفينِ معَ أَحدِ العبدينِ المقوَّمينِ بستَّةِ آلافٍ جُزءاً ، وكذٰلكَ يُفعَلُ بالآخَرينِ ، فيصيرونَ ثلاثةَ أَجزاءٍ كلُّ جزءٍ قيمتُهُ أَربعةُ آلافٍ ، ثمَّ يُقرَعُ بينَهُم ، علىٰ ما ذكرناهُ في التي قَبْلَها .

المسأَلةُ الثالثةُ : أَنْ يكونَ لِعَددِهم ثُلثٌ صحيحٌ ، وقيمتُهم مختلِفَةٌ ، ولا يمكنُ تعديلُهم بالعَددِ والقيمةِ ، فإِنْ عُدِّلُوا بالعددِ . . ٱختلفتْ قيمتُهم . وإِنْ عُدِّلُوا بالقيمةِ . . ٱختلفَ عَددُهم ، وإِنَّما يُمكنُ بأَحدِهما . فإِنْ كانوا ستَّةً ، قيمةُ واحدٍ أَلفٌ ، وقيمةُ ٱثنينِ أَلفٌ ، وقيمةُ ثلاثةٍ أَلفٌ . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (حرٌّ ويتعين العتق) .

أحدُهما ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أَنَّهم يُعدِّلُونَ بالقيمةِ ، فيُجعَلُ العبدُ الذي قيمتُهُ أَلفٌ جُزءاً ، والعبدانِ اللَّذانِ قيمتُهما أَلفٌ جزءاً ، والثلاثةُ الذينَ قيمتُهم أَلفٌ جزءاً ، ثمَّ يُقرَعُ بينهُم علىٰ ما تقدَّمَ) .

و[**الثاني**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يُعدِّلُونَ بالعَددِ ، فيُجعلُ كلُّ ٱثنينِ جُزءاً ، فيجعلُ العبدانِ المقوَّمانِ بأَلفٍ جزءاً ـ وهوَ قَدْرُ الثُّلثِ ـ ويُجعَلُ العبدُ المقوَّمُ بأَلفٍ معَ أَحدِ الثلاثةِ المقوَّمينَ بأَلفٍ جُزءاً وقيمتُهما أَكثرُ مِنَ الثُّلثِ ، ويُجعَلُ العبدانِ الآخَرانِ مِنَ الثلاثةِ جُزءاً وقيمتُهما أَقلُّ مِنَ الثُّلثِ ، ثمَّ يُقرَعُ بينَهُم علىٰ ما مضىٰ .

فإِنْ خرجتِ الحرِّيَّةُ علىٰ المقوَّمين بأَلفٍ . . عتقا وقيمتُهما الثُّلثُ ، ورقَّ باقي العبيدِ .

وإِنْ خرجتِ الحرِّيَّةُ علىٰ المقوَّمَيْنِ بأَلفٍ وثُلثِ الأَلفِ . . فلا يمكنُ عَتقُهُما ، فيُقرَعُ بينهُما ، فإِنْ خرجتِ الحرِّيَّةُ علىٰ المقوَّمِ بأَلفٍ . . عتقَ ورقَّ الآخَرُ معَ باقي العبيدِ . وإِنْ خرجتِ الحرِّيَّةُ علىٰ المقوَّمِ بثُلثِ الأَلفِ . . عتقَ وعتقَ ثُلثَا المقوَّمِ بأَلفٍ ورقَّ ثُلثُهُ وباقي العبيدِ .

وإِنْ خرجتِ الحرِّيَّةُ علىٰ المقوَّمينِ بثُلثَي الأَلفِ . . عتقا وقدْ بقيَ بعضُ الثُّلثِ ، ثمَّ يُقرَعُ بينَ الجُزأَينِ الآخَرينِ لتمامِ الثُّلثِ . فإِنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ العبدينِ المقوَّمينِ بأَلفٍ . . أُعيدتِ القرعةُ بينَ[1] هٰذينِ العبدينِ ، فأَيُّهما خرجَ عليهِ سهمُ العتقِ . . عتقَ ثُلثاهُ ورقَّ ثُلثُهُ معَ باقي العبيدِ . وإِنْ خرجَ سهمُ العتقِ في المرَّةِ الثانيةِ علىٰ المقوَّمَينِ بأَلفٍ وثُلثِ أَلفٍ . . أُعيدتِ القُرعةُ بينَهُما ، فإِنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ المقوَّمِ بثُلثِ الأَلفِ . . عتقَ جميعُهُ ورقَّ الآخَرُ معَ العبدينِ المقوَّمينِ بأَلفٍ . وإِنْ خرجَ سهمُ العَتْقِ علىٰ المقوَّمِ بأَلفٍ . . عتقَ ثُلثُهُ ورقَّ ثُلثاهُ معَ الثلاثةِ الباقينَ .

وأَصلُ هٰذينِ الوجهينِ الاختلافُ في تأويلِ حديثِ عمرانَ بنِ الحُصينِ ، فقالَ الشافعيُّ رضيَ اللهُ عنهُ : (إِنَّما جزَّأَهُم النبيُّ ﷺ ثلاثةَ أَجزاءٍ ؛ لأَنَّ قيمتَهُم تَساوتْ) . وهٰذا القائلُ يقولُ : إِنَّما فعلَ النبيُّ ﷺ ذٰلكُم لأَنَّ عَددَهُم كانَ مستوياً .

---

(١) في (م) : (من) .

والصحيحُ هوَ الأوَّلُ ؛ لأنَّه أقربُ . وفيما قالَ هٰذا القائلُ . . يَحتاجُ إلىٰ إعادةِ القرعةِ .

المسألَةُ الرابعةُ : إذا كانَ لِعَددِهم ثلثٌ صحيحٌ والقِيَمُ مختلفةٌ ولا يمكنُ تعديلُ السهامِ بالقيمةِ ، مثلُ أنْ كانوا ستَّةً قيمةُ واحدٍ ألفانِ ، وقيمةُ ٱثنينِ ألفٌ ، وقيمةُ ثلاثةٍ ألفٌ :

قالَ المحامليُّ : **فعلىٰ منصوصِ الشافعيِّ** رحمهُ اللهُ تعالىٰ يُعتبَرُ تفاوتُ[١] القيمةِ ، فيُجعَلُ العبدُ الذي قيمتُهُ ألفانِ جزءاً ، والعبدانِ اللَّذانِ قيمتُهما ألفٌ جُزءاً ، والثلاثةُ الذينَ قيمتُهم ألفٌ جزءاً ، فإنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ العبدِ المقوَّمِ بألفينِ . . عتقَ منهُ قَدْرُ ثلثِ التركةِ ورقَّ باقيهِ وباقي العبيدِ . وإنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ العبدينِ المقوَّمينِ بألفٍ . . عَتقا وأُقرِعَ بينَ الباقينَ ، فيعتقُ منهُم تمامُ الثُّلثِ بالقرعةِ ، وكذٰلكَ إنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ الثلاثةِ المقوَّمينُ بألفٍ . . عَتقوا ، ثمَّ يُقرَعُ بينَ الباقينَ ، فيعتَقُ منهم تمامُ الثُّلثِ .

وعلىٰ قولِ ذٰلكَ القائلِ مِنْ أصحابِنا : يُسوَّىٰ بينهُم في العددِ ، فيُجعَلُ كلُّ ٱثنينِ جُزءاً ، ثمَّ يُقرَعُ بينهُم علىٰ ما ذكرناهُ .

وإنْ كانوا خَمسةً قيمةُ واحدٍ ألفٌ ، وقيمةُ ٱثنينِ ألفٌ ، وٱثنينِ ألفٌ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإنَّ هاهُنا يُعدِّلُونَ بالقيمةِ وَجهاً واحداً .

المسألَةُ الخامسةُ : إذا ٱختلفَ عَددُهم وقيمتُهم ، ولا يُمكنُ تَعديلُهم بواحدٍ منهُما ، بأنْ كانوا خَمسةً قيمةُ واحدٍ ألفٌ وقيمةُ ٱثنينِ ألفٌ وقيمةُ ٱثنينِ ثلاثةُ آلافٍ . . ففيهِ قولانِ :

أحدُهما : لا يُجزَّؤونَ ، بلْ تخرجُ قرعةُ العتقِ علىٰ واحدٍ واحدٍ حتَّىٰ يُستوفىٰ الثُّلثُ .

والثاني : أنَّهم يُجزَّؤونَ ثلاثةَ أجزاءٍ بالقيمةِ ، فيُجعَلُ العبدُ المقوَّمُ بألفٍ جزءاً ،

---

(١) في نسخة : (تقارب) .

وكلُّ ٱثنينِ مِنَ الأَربعةِ جُزءاً ، ثمَّ يُقرَعُ بينهُم علىٰ ما ذكرناهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَقربُ إِلىٰ ما فعلَهُ النبيُّ ﷺ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فذكرَ في « المهذَّبِ » : إِذا ٱختلفَ العددُ والقيمةُ ، ولَم يُمكنِ التعديلُ بالعَددِ ولا بالقيمةِ ، بأَنْ كانوا خَمسةً قيمةُ واحدٍ مئةٌ وقيمةُ الثاني مئتانِ وقيمةُ الثالثِ ثلاثُ مئةٍ وقيمةُ الرابعِ أَربعُ مئةٍ وقيمةُ الخامسِ خَمسُ مئةٍ . . ففيهِ قولانِ .

فقالَ شيخُنا الإِمامُ الفقيهُ زيدُ بنُ عبيدِ اللهِ : ليستْ هٰذهِ المسأَلةُ مسأَلةَ القولينِ ؛ لأَنَّه يُمكنُ تعديلُهم هاهُنا بالقيمةِ ، وإِنَّما مسأَلةُ القولينِ إِذا لَم يُمكنْ تعديلُهم بالقيمةِ .

المسأَلةُ السادسةُ : أَنْ يكونَ أَعتقَ ٱثنينِ : فإِنَّه يُقرَعُ بينهُما ، فإِنْ خَرجتْ قرعةُ العتقِ علىٰ أَحدِهما . . نَظرتَ : فإِنْ كانتْ قيمتُهُ قَدْرَ ثُلثِ التركةِ . . عتقَ ورقَّ الآخَرُ . وإِنْ كانتْ قيمتُهُ أَكثرَ . . عتقَ منهُ قَدْرُ ثُلثِ التركةِ ورُقَّ باقيهِ والعبدُ الآخَرُ .

وإِنْ كانتْ قيمتُهُ أَقلَّ مِنْ قَدْرِ ثُلثِ التركةِ . . عتقَ جميعُهُ وعتقَ مِنَ الآخَرِ تمامُ الثُّلثِ ورُقَّ باقيهِ .

مسأَلةٌ : [أعتق ثلاثة قيمتهم سواء فمات أحدهم] :

وإِنْ أَعتقَ ثلاثةَ أَعبدٍ لَه قيمتُهم سواءٌ ، في مرضِ موتهِ بكلمةٍ واحدةٍ ، ولا مالَ لَه غيرُهم ، فماتَ واحدٌ منهُم قَبْلَ القرعةِ . . أُقرِعَ بينَ الميِّتِ والحيَّينِ . فإِنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ الميِّتِ . . عَتقَ جميعُهُ ورُقَّ الآخرانِ ، سواءٌ ماتَ السيِّدُ أَوّلاً أَوِ العبدُ .

وإِنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ أَحدِ الحيَّينِ . . نَظرتَ : فإِنْ ماتَ العبدُ قَبْلَ سيِّدهِ . . لَم يعتق مِمَّنْ خرجتْ عليهِ القُرعةُ إِلاَّ ثُلثَاهُ ؛ لأَنَّ الميِّتَ قَبْلَ سيِّدهِ غيرُ داخلٍ في التركةِ .

وإِنْ ماتَ السيِّدُ قَبْلَ العبدِ . . نظرتَ : فإِنْ ماتَ العبدُ قَبْلَ أَنْ يَقبضَهُ الورثةُ . . كانَ كما لَو ماتَ قَبْلَ سيِّدهِ ؛ لأَنَّه لا يجوزُ أَنْ يُحتسَبَ علىٰ الورثةِ بما لَم يَحصلْ في أَيديهِم مِنَ التركةِ . وإِنْ ماتَ بعدَ أَنْ قبضَهُ الورثةُ . . عَتَقَ جميعُ العبدِ الذي خرجتْ عليهِ القرعةُ ؛ لأَنَّ العبدَ الذي ماتَ قدْ كانَ في أَيديهِم ، فٱحتُسِبَ بهِ عليهِم مِنَ التركةِ .

فرعٌ : [أعتق ثلاث إماء ولا مال أقرع بينهن] :

وإنْ أَعتقَ ثلاثَ إماءٍ في مرضِ موتهِ بكلمةٍ واحدةٍ ، ولا مالَ لَه غيرُهنَّ . . أُقرِعَ بينهنَّ ، فإنْ خَرجتِ القرعةُ بالعتْقِ لإحداهنَّ فولَدتْ . . كانَ الولدُ حرّاً ؛ لأنَّه ولَدُ حرَّةٍ . فإنْ كانَ حادثاً بعدَ العتْقِ . . فلا وَلاءَ عليهِ . وإنْ كانَ موجوداً قَبْلَ العتْقِ . . كانَ عليهِ الوَلاءُ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وينبغي أَنْ يُعتبرَ في ثبوتِ الوَلاءِ عليهِ أَنْ تلدَهُ لِدونِ أَقلِّ مدَّةِ الحَمْلِ مِنْ حينِ العتْقِ .

فرعٌ : [ظهر ماله بعد إعتاقه ستة في مرض موته] :

وإنْ أَعتقَ ستَّةَ أَعبُدٍ لَه في مرضِ موتهِ بكلمةٍ واحدةٍ ، ولا مالَ لَه في الظاهرِ غيرُهم ، فأَقرعَ بينهُم وحكمَ بعتْقِ ٱثنينِ منهُم ورِقِّ أَربعةٍ ، ثمَّ ظهرَ لَه مالٌ . . نَظرتَ :

فإنْ كانَ مِثلَي قيمتِهِم . . حُكِمَ بعَتْقِ جميعِهِم . وإنْ كانَ مِثلَ قيمتِهِم . . تبيَّنّا أَنَّ العتْقَ قدْ كانَ لازماً في ثُلثِهِم ، وقدْ خَرجتِ القرعةُ بعتْقِ ثلثيهم ، فيجبُ أَنْ تعادَ القرعةُ بينَ الأَربعةِ ويَعْتَقَ منهُم نصفُهم ، ومَنْ خرجتْ عليهِ قرعةُ العتْقِ . . كانَ لَه جميعُ ما ٱكتسبَهُ مِنْ حينِ العتْقِ ؛ لأَنَّ الحرِّيَّةَ حصَلتْ لَه بذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [ظهر دين مستغرق وكان أعتق عبيداً في مرض موته] :

وإنْ أَعتقَ عبيداً لَه في مرضِ موتهِ لا مالَ لَه غيرُهم ، ثمَّ ظهرَ عليهِ دَينٌ يَستغرقُ جميعَ مالهِ . . لَم يصحَّ العتقُ في شيءٍ مِنَ العبيدِ ؛ لأَنَّ عتقَهُم وصيَّةٌ والدَّينُ مقدَّمٌ علىٰ الوصيَّةِ ، فيباعُ العبيدُ ويُقضىٰ الدَّينُ بثمنِهِم .

فإنْ قالَ الورثةُ : نحنُ نقضي الدَّينَ مِنْ أَموالِنا ليصحَّ العتْقُ ، فقضوهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَنفذُ العتْقُ في شيءٍ مِنَ العبيدِ إلاَّ بإعتاقِ الوارثِ ؛ لأَنَّا حكمنا ببطلانِ عتْقِ الميِّتِ لأَجلِ الدَّينِ ، فلَم يُحكَمْ بصحَّتهِ بقضاءِ الدَّينِ ، كما لَو أَعتقَ الراهنُ العبدَ المرهونَ وقُلنا : لا يصحُّ ، فقضىٰ الراهنُ الدَّينَ لَه .

والثاني : يَنفذُ العتْقُ ؛ لأَنَّ المانعَ هوَ الدَّينُ وقدْ قُضيَ ، فصارَ كأَنْ لَم يكنْ .

قالَ أَصحابُنا : وأَصلُ هٰذينِ الوجهينِ : إِذا ماتَ ولَه تركةٌ وعليهِ دينٌ ، فتَصرَّفَ الوارثُ في التركةِ قبلَ قَضاءِ الدَّينِ ، ثمَّ قضىٰ الدَّينَ . . هلْ يصحُّ تصرُّفهُ ؟ علىٰ وجهينِ .

وإِنْ كانَ الدَّينُ الذي ظهرَ علىٰ الميِّتِ لا يَستغرقُ جميعَ قيمتِهم ، وإِنَّما يَستغرقُ نصفَ قيمتِهم . . جُعِلَ العبيدُ جزأَينِ ، وكُتِبَ في رُقعةٍ دَينٌ وفي رُقعةٍ تركةٌ ، فمَنْ خَرجتْ عليهِ رُقعةُ الدَّينِ . . بِيعَ في الدَّينِ ، ومَنْ خَرجتْ عليهِ رُقعةُ التركةِ . . جُعِلوا ثلاثةَ أَجزاءٍ : جزءاً لِلعتقِ ، وجزأَينِ لِلورثةِ ؛ لأَنَّه ٱجتمعَ حقُّ أَصحابِ الدَّينِ وحقُّ العبيدِ وحقُّ الورثةِ وليسَ بعض العبيدِ ـ بأَنْ يجعلَ لِلدَّينِ أَوِ للعتقِ أَو لِلورثةِ ـ بأَولىٰ مِنَ البعضِ فأَقرعَ بينهُم ؛ لأَنَّ القرعةَ لَها مدخلٌ في العتْقِ وإِنْ لَم يكنْ لَها مدخلٌ في الدَّينِ والتركةِ لَوِ ٱنفردَا .

وإِنِ ٱستغرقَ الدَّينُ ثلثَ قيمتِهم . . جُعلوا ثلاثةَ أَجزاءٍ ، وكتبَ ثلاثَ رقاعٍ : رقعةً للدَّينِ ، ورقعتينِ تركةً ، فمن خرجت عليهِ رقعة الدَّينِ . . بيعَ في الدَّينِ ، ومَنْ خرجت عليهِ رقعةُ التركةِ . . جُعلوا ثلاثةَ أَجزاءٍ وكتبَ ثلاثَ رقاعٍ : رقعةً للعتقِ ورقعتينِ تركةً .

وإِنِ ٱستغرقَ الدَّينُ رُبعَ قيمتِهُم . . جُعِلوا أَربعةَ أَجزاءٍ ، وكتبَ أَربعَ رقاعٍ : رُقعةً للدَّينِ وثلاثَ رقاعٍ تركةً ، فمَنْ خرجتْ عليهِ رُقعةُ الدَّينِ . . بيعَ في الدَّينِ ، ومَنْ خرجتْ عليهِ رُقعةُ التركةِ . . جُعِلوا ثلاثةَ أَجزاءٍ ، وكَتبَ ثلاثَ رِقاعٍ ، رُقعةً لِلعَتْقِ ، ورُقعتينِ تركةً .

فإِنْ قيلَ : فهلاَّ كُتبَ في الأَربعِ : رقعةٌ لِلدَّينِ ورقعةٌ لِلعتْقِ ورُقعتانِ لِلرِّقِّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَسهلُ ؟

قالَ أَصحابُنا : لا يُفعَلُ ذٰلكَ لقوَّةِ الدَّينِ علىٰ الوصيَّةِ فلا يشرَّكُ بينهُما في الإِقراعِ ، ولأَنَّه ربَّما خرجتْ رقعةُ العتقِ قَبْلَ رقعةِ الدَّينِ ، فيؤَدِّي إِلىٰ حصولِ العتقِ قَبْلَ الدَّينِ ، وذٰلكَ لا يجوزُ .

فرعٌ : [أعتق ثلاثة قيمتهم ثلاث مئة ولا مال غيرهم واكتسب أحدهم مئة] :

وإِنْ أَعتقَ في مرضِ موتهِ ثلاثةَ عبيدٍ لَه ، قيمةُ كلِّ واحدٍ منهُم مئةٌ بكلمةٍ واحدةٍ ، ولا مالَ لَه غيرُهم ، فاْكتسبَ أَحدُهم بعدَ العتقِ وقَبْلَ موتِ السيِّدِ مئةً ، ثمَّ ماتَ السيِّدُ وعليهِ دَينٌ مئةٌ ديناً . كُتِبَ ثلاثُ رقاعٍ : رُقعةٌ دَينٌ ورُقعتانِ تركةٌ ، ثمَّ يُقرَعُ بينهُم ، فإِنْ خَرجتْ رقعةُ الدَّينِ علىٰ أَحدِ العبدينِ اللَّذينِ لَم يَكتسبا . بِيعَ في الدَّينِ ، ثمَّ أُعيدتِ القرعةُ للعبدينِ المكتسِبِ وغيرِ المكتسِبِ الثاني . فإِنْ خَرجتْ رقعةُ العتقِ علىٰ الذي لَم يكتسِبْ . عتقَ جميعُهُ ، وبقيَ معَ الورثةِ المكتسِبُ وكسبُهُ ، وذٰلكَ مِثلا قيمةِ المعتَقِ بعدَ قضاءِ الدَّينِ . وإِنْ خَرجتْ رقعةُ العتقِ علىٰ المكتسِبِ . . دخلَهُ الدَّورُ ، فنقولُ : عتقَ مِنَ العبدِ شيءٌ بوصيَّةٍ ، ولَه مِنْ كسبهِ شيءٌ بغيرِ وَصيَّةٍ ، فبقيَ في يدِ الورثةِ ثلاثُ مئةٍ إِلاّ شيئينِ تعدلُ شيئينِ ، فإِذا جُبرَتْ . عَدلَتْ أَربعةَ أَشياءَ ـ الشيءُ خمسةٌ وسبعونَ ـ وذٰلكَ ثلاثةُ أَرباعِ العبدِ ، فيعتقُ ثلاثةُ أَرباعهِ ، ولَه ثلاثةُ أَرباعِ كسبهِ ، ويبقىٰ لِلورثةِ رُبعُهُ ورُبعُ كسبهِ والعبدُ الآخَرُ ، وذٰلكَ مِئةٌ وخمسونَ ، وهوَ مِثلا ما عتقَ مِنَ العبدِ .

وإِنْ خَرجتْ رقعةُ الدَّينِ علىٰ المكتسِبِ . قالَ اْبنُ الحدَّادِ : بيعَ نصفُهُ لِلدَّينِ لا غيرَ ؛ لأَنَّه لا حاجةَ بنا إِلىٰ بيعِ جميعهِ وتفويتِ العتقِ في جميعهِ ؛ لأَنَّ ما رُقَّ منهُ يتبعُهُ بقَدْرِهِ مِنَ الكسبِ ، فيُقضىٰ الدَّينُ بنصفهِ ونصفِ كسبهِ ، ثمَّ يقرعُ بينَ نصفهِ وبينَ العبدينِ الآخَرَينِ ، فإِنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ نصفِ المكتسِبِ . عتقَ نصفُهُ الثاني وتبعَهُ نصفُ كسبهِ الباقي ، وقد بقيَ بعضُ الثُّلثِ ، فتعادُ القرعةُ بينَ العبدينِ الآخَرَينِ ، فمَنْ خرجَ عليهِ سهمُ العتقِ منهُما . عتقَ ثُلثُهُ ، وهوَ تمامُ ثلثِ مئتينِ وخمسينَ بعدَ قضاءِ الدَّينِ . وإِنْ خرجَ سهمُ العتقِ علىٰ أَحدِ العبدينِ اللَّذينِ لَم يَكتسبا . عتقَ جميعُهُ وبقيَ للورثةِ العبدُ الآخَرُ ونصفُ المكتسِبِ ونصفُ كسبهِ ، وهوَ مِثلا قيمةِ المعتَقِ بعدَ الدَّينِ .

فرعٌ : [أعتق ستة أعبد ولا مال غيرهم فأقرع بينهم] :

وإِنْ أَعتقَ ستَّةَ أَعبُدٍ لَه في مرضِ موتهِ لا مالَ لَه غيرُهم ، فماتَ ولا دَينَ عليهِ في الظاهرِ ، فأُقرِعَ بينهُم ، وأُعتقَ اْثنانِ ، ثمَّ ظهرَ دَينٌ عليهِ يَستغرقُ جميعَ قيمتِهِم . لَم ينفذِ العتقُ . فإِنْ قالَ الورثةُ : نحنُ نقضي الدَّينَ ليصحَّ العتقُ وتمضي القرعةُ ، فقضوا

الدَّينَ . . فهلْ يصحُّ العتقُ ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذكرُهما .

وإنْ كانَ الدَّينُ يَستغرقُ نصفَ قيمتِهم . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَبطلُ عتقُ العبدينِ اللَّذينِ خرجتِ القُرعةُ عليهما ؛ لأنّا تبيَّنّا أَنَّ الدَّينَ[1] كانَ شريكاً للورثةِ والعتقِ ، فبطلَ العتقُ ، كما لَو ٱقتسمَ شريكانِ في المالِ ثمَّ ظهرَ لَهما شريكٌ ثالثٌ .

والثاني : أَنَّ العتقَ لا يبطلُ فيهِما إلاّ في قَدْرِ ما يخصُّهُما مِنَ الدَّينِ ؛ لأَنَّه يمكنُ إمضاءُ القرعةِ وإفرازُ حصَّةِ الدَّينِ مِنْ كلِّ واحدٍ مِنَ النصيبينِ ؛ لأَنَّ القرعةَ دخلتْ لأَجلِ العتقِ دونَ الدَّينِ ، فيقالُ لِلورثةِ : ٱقضوا ثُلثَي الدَّينِ ، وهوَ قَدْرُ نصفِ قيمةِ العبيدِ الأَربعةِ المحكومِ برقِّهم ، إمّا مِنْ خاصِّ أَموالِكُم وإلاَّ بِيعَ نصفُهم .

ويجبُ ردُّ نصفِ العتقِ في العبدينِ المحكومِ بعتقِهما لِما يخصُّهُما مِنَ الدَّينِ ، فيُقرَعُ بينهُما ، فإنْ خَرجتْ قرعةُ الدَّينِ علىٰ أَحدِهما وكانتْ قيمتُهُما سواءً . . بِيعَ في الدَّينِ وعتقَ العبدُ الآخَرُ . وإنْ كانتْ قيمتُهُما مختلفةً ، فخَرجتْ قرعةُ الدَّينِ علىٰ أَكثرِهما قيمةً . . بِيعَ منهُ بِقَدْرِ نصفِ قيمتِهما ، وعتقَ باقيهِ والعبدُ الآخَرُ . وإنْ خَرجتْ قرعةُ الدَّينِ علىٰ أَقلِّهما قيمةً . . رُقَّ وبِيعَ في الدَّينِ ، ورُقَّ مِنَ الآخَرِ تمامُ نصفِ قيمتِهما وبِيعَ ذٰلكَ في الدَّينِ وعتقَ باقيهِ .

واللهُ أَعلمُ

* * *

---

(١) في حاشية نسخة : (المراد صاحب الدين ، وذٰلك جائز كقوله تعالىٰ : ﴿ وَسْئَلِ ٱلْقَرْيَةَ ﴾ [يوسف : ٨٢] والمراد : أهل القرية) .

بابُ المُدَبَّرِ

التدبيرُ[١] : مأخوذٌ مِنَ الدُّبُرِ[٢] ، وهوَ : أَنْ يُعلِّقَ عتقَ عبدِهِ بموتهِ . وهوَ ممَّا يُتقرَّبُ بهِ إلىٰ اللهِ تعالىٰ ؛ لأنَّ المقصودَ بهِ العتقُ ، فهوَ كالعتقِ المنجَّزِ .

فإذا قالَ لعبدهِ : أنتَ حرٌّ ، أو محرَّرٌ ، أو عتيقٌ ، أو معتَقٌ بعدَ موتي . . كانَ ذٰلكَ صريحاً في التدبيرِ لا يفتقرُ إلىٰ النيَّةِ ؛ لأنَّه لا يحتملُ غيرَ العتقِ بالموتِ .

وإنْ قالَ : دبَّرتكَ ، أو أنتَ مدبَّرٌ ونوىٰ عتقَهُ بموتهِ . . صارَ مدبَّراً .

وإنْ أطلقَ ذٰلكَ مِنْ غيرِ نيَّةٍ . . **فالمنصوصُ** في (التدبيرِ) : (أنَّه صريحٌ فيهِ ، ويعتقُ بموتِ سيِّدهِ) .

وقالَ في (الكتابةِ) : (إذا قالَ لعبدِهِ : كاتبتُكَ ، أو أنتَ مكاتبٌ علىٰ مئةِ دينارٍ تؤدِّيها في نجمينِ . . لم يعتقْ حتّىٰ يقولَ : فإذا أدَّيتها فأنتَ حرٌّ ، أو ينويَ ذٰلكَ) .

فمنْ أصحابِنا مَنْ نقلَ جوابَهُ في كلِّ واحدةٍ منهُما إلىٰ الأُخرىٰ وجعلَهُما علىٰ قولينِ :

أحدُهما : أنَّ ذٰلكَ صريحٌ فيهما ؛ لأنَّ قولَهُ : (دبَّرتُكَ) موضوعٌ للتدبيرِ ، وقولَهُ : (كاتبتُكَ) موضوعٌ للكتابةِ في عُرفِ الشرعِ .

والثاني : أنَّ ذٰلكَ كنايةٌ فيهما ، فلا يكونانِ صريحينِ إلاّ بنيَّةٍ أو قرينةٍ ؛ لأنَّه لم يَكثرِ استعمالُهما لذٰلكَ .

ومنهُم مَنْ حملَهُما علىٰ ظاهرِ النصِّ فقالَ : قولُه : دبَّرتُكَ ، أو أنتَ مدبَّرٌ صريحٌ في التدبيرِ ، وقولُه : كاتبتُكَ ، أو أنتَ مكاتبٌ كنايةٌ في الكتابةِ . وفرَّقَ بينهُما بفرقينِ :

---

(١) التدبير لغة : النظر في عواقب الأمور . وشرعاً : تعليق عتق بالموت .
وأركانه ثلاثة : رقيق غير أم ولد ، وصيغة ، ومالك عاقل بالغ مختار .

(٢) لأن الموت دبر الحياة ، وقيل : لأنه لم يجعل تدبيره إلىٰ غيره .

أحدُهما : أنَّ التدبيرَ معقولُ المعنىٰ ، وأنَّه موضوعٌ لِلعتقِ بعدَ الموتِ ، يشتركُ في معرفةِ معناهُ الخاصَّةُ والعامَّةُ . والكتابةَ لا يَعرفُها إلاَّ خواصُّ الناسِ .

والثاني : أنَّ التدبيرَ لا يحتملُ إلاَّ العتقَ بعدَ الموتِ ، والكتابةَ تحتملُ المُخارجةَ ، بأَنْ يقولَ : كاتبتُكَ كلَّ شهرٍ بكذا ، فٱفتقرَ إلىٰ النيَّةِ أوِ القرينةِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ المدبَّرَ يُعتبرُ عتقُهُ مِنْ ثُلثِ التركةِ . ورويَ ذٰلكَ عَنْ : عليٍّ[1] ، وٱبنِ عمرَ[2] ، وٱبنِ المسيّبِ ، والزهريِّ ، والثوريِّ ، ومالكٍ ، وأبي حنيفةَ .

وقالَ ٱبنُ مسعودٍ[3] ، وسعيدُ بنُ جبيرٍ ، ومسروقٌ ، والنخعيُّ وداودُ : (يعتبرُ عتقهُ مِنْ رأسِ المالِ) .

دليلُنا : ما روىٰ ٱبنُ عمرَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « ٱلْمُدَبَّرُ مِنَ ٱلثُّلثِ »[4] ولأنَّه تبرُّعٌ يلزمُ بالموتِ ، فكانَ مِنَ الثُّلثِ كالوصيَّةِ .

---

(١) أخرج خبر علي المرتضىٰ رضي الله عنه عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٥٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(١٠/ ٣١٤) في المدبر .

(٢) أخرج خبر ابن عمر رضي الله عنهما الشافعي في « الأم » (٧/ ٣٥٠) ، والدارمي في « السنن » (٢/ ٤٢٢) ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ١٣٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣١٤) . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/ ٢٣٧) : قال الدارقطني في « العلل » : الأصح وقفه .

(٣) أخرج خبر ابن مسعود رضي الله عنه سعيد بن منصور (٢٦٤) ، وذكره ابن قدامة في « المغني » (٩/ ٣٨٧) .

(٤) رواه عن ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً ابن ماجه (٢٥١٤) في العتق ، وابن عدي في « الكامل (٥/ ١٨٨) ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ١٣٨) في المكاتب ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(١٠/ ٣١٤) في المدبر . قال الشافعي في « الأم » (٧/ ٣٥٠) في المشيئة في العتق والتدبير : الحفاظ الذين يحدثونه يقفونه علىٰ ابن عمر ، ولا أعلم من أدركت من المفتين اختلفوا في أن المدبر وصية من الثلث .

وقال ابن ماجه : سمعت عثمان بن أبي شيبه يقول : هٰذا خطأ يعني حديث المدبر من الثلث ، قال أبو عبد الله : ليس له أصل .

قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ١١٥) : وروي مرفوعاً . قال أبو زرعة الرازي [٢٨٠٣] : وهو باطل .

=

فإِنْ دبَّرَ عبداً وأَوصىٰ بأَنْ يعتقَ عنهُ عبدٌ آخَرُ بعدَ موتهِ وعجزَ الثُّلثُ عنهُما. . أُقرِعَ بينهُما .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولٌ آخَرُ : أَنَّه يقدَّمُ عتقُ المدبَّرِ ؛ لأَنَّه أَقوىٰ ؛ لأَنَّه يتنجَّزُ بالموتِ .

والأَوّلُ أَصحُّ ؛ لأَنهما يستويانِ في وقتِ اللُّزومِ .

مسأَلةٌ : [تدبير المجنون والصبي والسفيه] :

ويصحُّ التدبيرُ مِنْ كلِّ بالغٍ عاقلٍ جائزِ التصرُّفِ في مالهِ ، كما قُلنا في العتقِ المنجَّزِ .

فأَمَّا المجنونُ والصبيُّ الذي ليسَ بمميِّزٍ . . فلا يصحُّ تدبيرُهُما ؛ لأَنَّه لا حكمَ لكلامِهِما . وهلْ يصحُّ تدبيرُ الصبيِّ المميِّزِ ووَصيَّتُهُ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ . وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ وٱختيارُ المُزنيِّ والشيخِ أَبي إِسحاقَ ؛ لأَنَّه لا يصحُّ عتقهُ ، فلَم يصحَّ تدبيرُهُ ، كالمجنونِ .

والثاني : يصحُّ . وهوَ ٱختيارُ القاضي أَبي حامدٍ ؛ لِما رويَ : (أَنَّ قوماً سأَلوا عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ عَنْ غلامٍ ـ مِنْ غسَّان ـ يافعٍ لَم يبلغِ الحُلمَ ، وصَّىٰ لبنتِ عمِّهِ ، فأَجازَ وَصيَّتَهُ)[1] . وأَمّا تدبيرُ السفيهِ : فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

= قال البوصيري في « الزوائد » : في إسناده عليُّ بن ظبيان ضعّفه ابن معين وغير واحد . وفي الباب :

رواه عن أبي قلابة مرسلاً عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٥٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣١٤) .

(١) أخرج خبر عمرالفاروق رضي الله عنه عن عمرو بن سليم الزرقي مالك في « الموطأ » (١٤٩٣) ط دار الفكر ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٨٢) في الوصايا ، باب : ما جاء في وصية الصغير . قال البيهقي : علّق الشافعي جواز وصيته وتدبيره بثبوت الخبر فيها عن عمر ، والخبر منقطع ، فعمرو بن سليم الزرقي لم يدرك عمر إلا أنه ذكر في الخبر انتسابه إلىٰ صاحب القصة والله أعلم . =

فمنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كالصبيِّ . قالَ المحامليُّ : **وهٰذا أَشبهُ بكلامِ الشافعيِّ** رضيَ اللهُ عنهُ .

ومنهُم مَنْ قالَ : يصحُّ تدبيرُهُ قولاً واحداً ؛ لأَنَّ الصبيَّ ليسَ مِنْ أَهلِ العقودِ ، والسفيهَ مِنْ أهلِ العقودِ ، ولهٰذا يصحُّ طلاقهُ ويصحُّ نكاحُهُ بإِذنِ الوليِّ . ولَم يذكرْ في « المهذَّبِ » غير هٰذا .

مسأَلةٌ : [التدبير المطلَق والمقيَّد] :

ويصحُّ التدبيرُ مطلقاً ومقيَّداً بشرطٍ .

(فالمطلقُ) هوَ : أَنْ يقولَ : أَنتْ حرٌّ بعدَ موتيَ ، أَو إِذا أَنا متُّ . . فأَنتَ حرٌّ .

و(المقيَّدُ) : مثلُ أَنْ يقولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ هٰذا المرضِ ، أَو في هٰذا الشهرِ ، أَو في هٰذهِ السَّنةِ . . فأَنتَ حرٌّ .

ويجوزُ تعليقُ التدبيرِ إِلىٰ شرطٍ في حالِ الحياةِ ، مثلُ أَنْ يقولَ : إِذا دخلتَ الدارَ . . فأَنتَ حرٌّ بعدَ موتي ، فإِنْ دخلَ الدارَ قَبْلَ موتِ سيِّدهِ . . صارَ مدبَّراً ؛ لأَنَّه علَّقَ التدبيرَ بدخولِ الدارِ ، فإِذا دخلَ الدارَ . . صارَ مدبَّراً .

فإِنْ لَم يدخلِ الدارَ حتَّىٰ ماتَ السيِّدُ ، ثمَّ دخلَها . . لَم يعتقْ ؛ لأَنَّه علَّقَ التدبيرَ علىٰ شرطٍ ، فإِذا ماتَ السيِّدُ قَبْلَ وُجودِ الشرطِ . . بَطلَ الشرطُ ، كما لَو وَكَّلَ وكيلاً في بيعِ سلعةٍ ، فماتَ الموكِّلُ قَبْلَ البيعِ . . فإِنَّ البيعَ لا يصحُّ .

ويجوزُ تعليقُ العتقِ علىٰ شرطٍ بعدَ الموتِ ، مثلُ أَنْ يقولَ : إِنْ دخلتَ الدارَ بعدَ موتي . . فأَنتَ حرٌّ . فإِذا ماتَ السيِّدُ ، ثمَّ دخلَ العبدُ الدارَ . . عتقَ ؛ لأَنَّه صرَّحَ بذٰلكَ ، فحُمِلَ عليهِ ، كما إِذا قالَ لوكيلهِ : إِذا متُّ ، فبعْ هٰذهِ السلعةَ . . فإِنَّه يصيرُ وصيّاً في ذٰلكَ ، وجازَ بيعُهُ بعدَ موتهِ .

= **اليافع** : الذي لم يبلغ الحلم ، يقال : غلام يافع من غلمان أيفاع ، ويقال : غلام يفعة مثل يافع للواحد والجمع ، ويثنىٰ ويجمع .

ويعتقُ العبدُ هاهُنا مِنَ الثُّلثِ بالصفةِ لا بالتدبيرِ ؛ لأَنَّ التدبيرَ هوَ أَنْ يعلِّقَ عتقَهُ بموتهِ وحدَهُ ، وهاهُنا علَّقَهُ بموتهِ ودخول الدارِ بعدَهُ .

فإِنْ دخلَ العبدُ الدارَ في حالِ حياةِ السيِّدِ ولَم يدخلْها بعدَ موتهِ . . لَم يعتقْ ؛ لأَنَّه شرطَ الدخولَ بعدَ الموتِ ، ولَم يُوجدْ .

فرعٌ : [ألفاظ لا يقطع بالعتق فيها] :

قالَ في « الأُمِّ » : (إِذا قالَ لعبدِهِ : أَنتَ حرٌّ بعدَ موتي ، أَو لستَ بحُرٍّ ، أَو أَنتَ مدبَّرٌ ، أَو لستَ بمدبَّرٍ ، أَو أَنتَ حرٌّ أَو لا . . لَم يكنْ ذٰلكَ شيئاً ؛ لأَنَّه لَم يقطعْ بالعتقِ) .

وإِنْ قالَ : لعبدِهِ إِذا قرأتَ القرآنَ ومِتُّ . . فأَنتَ حرٌّ ، فإِنْ قرأَ جميعَ القرآنِ قَبْلَ موتِ السيِّدِ . . عتقَ بموتهِ . وإِنْ قرأَ بعضَهُ . . لَم يعتقْ ؛ لأَنَّه علَّقَ حرِّيَّتَهُ بقراءةِ جميعِ القرآنِ .

وإِنْ قالَ لَه : إِذا قرأتَ قرآناً ومتُّ . . فأَنتَ حرٌّ ، فقرأَ بعضَ القرآنِ قَبْلَ موتِ السيِّدِ . . عتقَ بموتهِ .

والفرقُ بينهُما : أَنَّ في الأُولىٰ عرَّفَ القرآنَ بالأَلفِ واللامِ ، فاْقتضىٰ جميعَهُ ، وفي الثانيةِ نكَّرَهُ ، فاْقتضىٰ بعضَهُ .

فإِنْ قيلَ : فقدْ قالَ اللهُ تعالىٰ : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيْطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ ﴾ [النحل : ٩٨] ولم يُرِدْ جميعَهُ وإِنَّما أَرادَ أَيَّ شيءٍ قرأَ منهُ ؟

قُلنا : ظاهرُ اللَّفظِ يقتضي جميعَهُ ، وإِنَّما حملناهُ علىٰ بعضهِ بدليلٍ[1] .

فرعٌ : [تعليق العتق علىٰ مشيئة العبد] :

إِذا قالَ لعبدهِ : إِنْ شئتَ فأَنتَ حرٌّ بعدَ موتي ، أَو إِذا شئتَ فأَنتَ حرٌّ بعدَ موتي ، أَو أَنتَ حرٌّ إِنْ شئتَ بعدَ موتي ، أَو أَنتَ حرٌّ إِنْ شئتَ متىٰ متُّ ، أَو أَنتَ حرٌّ إِنْ شئتَ إِذا

---

(١) في حاشية نسخة : (وذٰلك الدليل : أن البعض يقام مقام الكلِّ) .

متُّ . . فلا يصيرُ مدبَّراً في شيءٍ مِنْ هٰذهِ المسائلِ حتَّىٰ توجدَ المشيئةُ مِنَ العبدِ ؛ لأنَّه علَّقَ التدبيرَ علىٰ مشيئتِهِ . فإنْ وجدتِ المشيئةُ مِنَ العبدِ علىٰ الفورِ بحيثُ تكونُ جواباً لكلامِ سيِّدهِ . . صارَ العبدُ مدبَّراً . وإنْ أَخَّرَ العبدُ المشيئةَ حتَّىٰ قامَ مِنَ المجلسِ . . لَم يصرْ مدبَّراً .

وإنْ وجدتْ منهُ المشيئةُ بعدَ أَنْ سكتَ سكوتاً طويلاً أَوِ ٱشتغلَ بأَمرٍ وقَبْلَ أَنْ يقومَ مِنْ مجلسهِ . . فعلىٰ وجهينِ ، كالوجهينِ فيمَنْ علَّقَ طلاقَ ٱمرأَتهِ بمشيئَتها .

وإنْ لَم توجدْ منهُ المشيئةُ حتّىٰ ماتَ السيِّدُ . . بطلَ التدبيرُ ؛ لأَنَّ الصفةَ المطلَقةَ تقتضي وجودَها قَبْلَ موتِ السيِّدِ .

وإنْ[1] قالَ : متىٰ شئتَ ، أَو أَيَّ وقتٍ شئتَ فأَنتَ حرٌّ بعدَ موتي . . فهٰذا تعليقُ تدبيرِ بمشيئةِ العبدِ كالأُولىٰ ، إلاَّ أَنَّ هاهُنا متىٰ وُجدتِ المشيئةُ مِنَ العبدِ في حياةِ السيِّدِ علىٰ الفورِ أَو علىٰ التراخي في المجلسِ أَو بعدَهُ . . صارَ مدبَّراً ؛ لأَنَّ قولَه : متىٰ ، وأَيَّ وقتٍ ، يقتضي العمومَ .

وإنْ ماتَ السيِّدُ قَبْلَ وجودِ المشيئةِ . . بطلتِ الصفةُ ؛ لأَنَّ الصفةَ المطلَقةَ تبطلُ بموتِ السيِّدِ .

فرعٌ : [تعليق التدبير بمشيئة العبد بعد موت السيد] :

وإنْ قالَ لعبدهِ : إذا متُّ ، فشئتَ ، فأَنتَ حرٌّ . . فقدْ علَّقَ عتقَهُ بوجودِ المشيئةِ منهُ بعدَ موتِ سيِّدهِ ، فإنْ ماتَ السيِّدُ فشاءَ العبدُ عقيبَ موتهِ . . عتقَ ؛ لأَنَّ الفاءَ توجبُ الترتيبَ والتعقيبَ . وإنْ لَم يشأ العبدُ بعدَ الموتِ إلاَّ بعدَ قيامهِ مِنْ مجلسهِ . . لَم يعتقْ . وإنْ شاءَ في مجلسهِ بعدَ موتِ السيِّدِ وقدِ ٱشتغلَ بعدَ الموتِ بسكوتٍ طويلٍ أَو أَمرٍ غيرهِ . . فهلْ يعتقُ ؟ علىٰ الوجهينِ في التي قَبْلَها . وإنْ شاءَ العبدُ في حياةِ السيِّدِ لا غيرَ . . لَم يتعلَّقْ بهٰذهِ المشيئةِ عتقٌ ؛ لأَنَّ السيِّدَ شَرطَ أَنْ تكونَ المشيئةُ بعدَ موتهِ .

---

(١) في (م) : (فأما إذا) .

وإنْ قالَ لعبدِهِ : إذا مِتُّ فمتىٰ شئتَ ، أَو أَيَّ وَقتٍ شئتَ فأَنتَ حرٌّ ، أَو قالَ : إذا متُّ فأَنتَ حرٌّ متىٰ شئتَ ، أَو أَيَّ وَقتٍ شئتَ . . فهيَ كالأُولىٰ ، وأَنَّهُ لا يعتقُ إلاَّ إذا شاءَ بعدَ موتِ سيِّدِهِ ، إلاَّ أَنَّ في هٰذهِ يجوزُ أَنْ تتراخىٰ المشيئةُ عَنِ الموتِ ، سواءٌ وَجدتْ في المجلسِ أَو بعدَهُ ؛ لأَنَّ قولَه : (متىٰ شئتَ ، أَو أَيَّ وقتٍ شئتَ) عامٌّ في الزمانِ .

فإنِ ٱكتسبَ العبدُ مالاً في هٰذهِ المسأَلةِ بعدَ موتِ سيِّدهِ وقَبْلَ وجودِ المشيئةِ منهُ ، أَو كسبَ مالاً بعدَ موتِ سيِّدهِ في المجلسِ قَبْلَ وجودِ المشيئةِ إذا علَّقَ العتقَ بمشيئتهِ بعدَ الموتِ بقولِهِ : فشئتَ ، وقُلنا : إنَّ المشيئةَ في المجلسِ هيَ مشيئةٌ علىٰ الفورِ . . فلمَنْ يكونُ ذٰلكَ المالُ الذي ٱكتسبَهُ إذا وُجدَتْ منهُ المشيئةُ ؟

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : تكونُ نفقةُ العبدِ منهُ ، وما بقيَ مِنْ نفقتهِ فيهِ قولانِ ، كما لَو كسبَ العبدُ الموصىٰ بهِ لرجلٍ مالاً بعدَ موتِ سيِّدهِ وقَبْلَ قَبولِ الموصىٰ لَه ، فإنَّه علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : يكونُ الكسبُ لِلموصىٰ لَه .

والثاني : يكونُ لِورثةِ الموصي .

وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : يكونُ الكسبُ هاهُنا لِورثةِ المعتِقِ قولاً وَاحداً .

والفرقُ بينهُما : أَنَّ العبدَ هاهُنا مملوكٌ قَبْلَ وجودِ المشيئةِ منهُ . . فكانَ كسبُهُ لِلورثةِ ، بخلافِ الموصىٰ بهِ ، فإنَّ الموصىٰ لَه إذا قَبلَ الوصيَّةَ فيهِ . . تبيَّنّا أَنَّه ملكَهُ بالموتِ في أَحدِ القولينِ ، فكذٰلكَ حكمنا لَه بملكِ الكسبِ في هٰذا القولِ .

فأَمّا إذا قالَ لعبدِهِ : أَنتَ حرٌّ إذا متُّ إنْ شئتَ ، أَو إذا شئتَ ، أَو إذا متُّ فأَنتَ حرٌّ إنْ شئتَ ، أَو إذا شئتَ . . فقد قالَ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : حكمُها حكمُ ما لَو قالَ : إذا متُّ فشئتَ فأَنتَ حرٌّ . . فإنَّه لا يعتقُ إلاَّ بوجودِ المشيئةِ بعدَ موتِ السيِّدِ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : يحتملُ أَنْ يكونَ المرادُ بهِ المشيئةُ في حياتهِ ، ويحتملُ بعدَ الموتِ ، فيُرجَعُ إليهِ ، فإنْ لَم يكنْ لَه نيَّةٌ . . فلا بدَّ مِنَ المشيئةِ مرَّةً في المجلسِ في حياةِ السيِّدِ ومرَّةً بعدَ الموتِ ، فإنْ شاءَ مرَّةً واحدةً . . قالَ : **فالمشهورُ** : أَنَّه لا يعتقُ . وقيلَ : يحملُ علىٰ المشيئةِ بعدَ الموتِ ؛ لأَنَّه الظاهرُ .

ويعتقُ العبدُ في جميعِ ذٰلكَ مِنَ الثُّلثِ ؛ لأنَّه علَّقَ عتقَهُ علىٰ موتهِ ، وأضافَ إليهِ المشيئةَ ، فهوَ كما لَو علَّقَ عتقَهُ علىٰ الموتِ وحدَهُ .

مسألةٌ : [علق عتقه ثمَّ دبره ، أو العكس] :

إذا قالَ لعبدِهِ : إذا دخلتَ الدارَ فأنتَ حرٌّ ، ثمَّ دبَّرَهُ ، أَو دبَّرَهُ ثمَّ قالَ لَه : إذا دخلتَ الدارَ فأَنتَ حرٌّ . . صحَّ ، فإنْ دخلَ الدارَ قَبْلَ موتِ سيِّدِهِ . . عتقَ بالصفةِ . وإنْ ماتَ السيِّدُ قَبْلَ أَنْ يدخلَ الدارَ . . عتقَ بالتدبيرِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهُما صفةٌ لِلعتقِ ، فتعلَّقَ العتقُ بالسابقِ منهُما .

وإنْ كاتبَ عبدَهُ ثمَّ دبَّرَهُ . . صحَّ ذٰلكَ فإنْ أَدَّىٰ قَبْلَ موتِ سيِّدهِ . . عتقَ بالكتابةِ . وإنْ ماتَ السيِّدُ قَبْلَ الأداءِ ، فإنْ خرجَ مِنَ الثُّلثِ . . عتقَ بالتدبيرِ وبطلتِ الكتابةُ ، وإنْ لَم يخرجْ مِنَ الثُّلثِ . . عتقَ منهُ ما ٱحتملَهُ ، وبقيَ الباقي منهُ مكاتباً بحصَّتهِ مِنَ المالِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهُما سببٌ لِلعتقِ ، فتعلَّقَ العتقُ بالسابقِ منهُما ، كما لَو قالَ لَه : إنْ دخلتَ الدارَ . . فأَنتَ حرٌّ ، ثمَّ قالَ لَه : إنْ كلَّمتَ زيداً . . فأَنتَ حرٌّ .

وإنْ كانتْ جاريةً فٱستولدَها ، ثمَّ دبَّرها . . لَم يفدِ التدبيرُ شيئاً ؛ لأنَّها تعتقُ بموتهِ مِنْ رأْسِ المالِ ، ويعتقُ[1] المدبَّرُ مِنَ الثُّلثِ ، فكانَ الاستيلادُ أقوىٰ .

مسألةٌ : [دبر أحد الشريكين نصيبه] :

وإنْ كانَ بينَ ٱثنينِ عبدٌ فدبَّرَ أَحدُهما نصيبَهُ منهُ وهوَ موسرٌ . . صارَ نصيبُهُ مدبَّراً . وهلْ يَسري إلىٰ نصيبِ شريكهِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يَسري إلىٰ نصيبِ شريكهِ ، ويلزمُهُ دفعُ قيمةِ نصيبِ شريكهِ ، ويصيرُ الجميعُ مدبَّراً ، يعتقُ بموتهِ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأنَّه ٱستحقَّ العتقَ بموتِ سيِّدهِ ، فسرىٰ إلىٰ نصيبِ شريكِهِ ، كما لَوِ ٱستولدَ جاريةً بينَهُ وبينَ شريكهِ .

والثاني : أنَّه لا يقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ ، ولا يسري إليهِ التدبيرُ . وهوَ ٱختيارُ

---

(١) في نسختين : (عتق) .

المُزنيِّ وٱبنِ الصبّاغِ ، **وهوَ المشهورُ مِنَ المذهبِ** ؛ لأَنَّ التدبيرَ لا يقطعُ التصرُّفَ في رقبتهِ بالبيعِ فلَم يَسرِ إِلىٰ نصيبِ الشريكِ ، كما لَو علَّقَ عتقَ عبدٍ مشترَكٍ بينَهُ وبينَ غيرِهِ علىٰ صفةٍ . ويخالفُ الاستيلادَ فإِنَّه يمنعُ مِنَ البيعِ .

فعلىٰ هٰذا : يصيرُ نصفُهُ مدبَّراً ونصفُهُ قِنّاً .

فإِنْ ماتَ السيِّدُ الذي دبَّرَ نصيبَهُ . . عتقَ نصيبُهُ ، ولا يقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ ؛ لأَنَّه لا مالَ لَه حالَ العتقِ .

فإِنْ أَعتقَ الذي لَم يدبِّرْ نصيبَهُ قَبْلَ موتِ السيِّدِ الذي دبَّرَ نصيبَهُ . . فهلْ يقوَّمُ نصيبُ المدبِّرِ علىٰ المعتِقِ إِنْ كانَ موسِراً ؟ الحكمُ فيهِ حكمُ ما لَو كانَ عبدٌ بينَ شريكينِ فدبَّراهُ ، فأَعتقَ أَحدُهما نصيبَهُ قَبْلَ موتِ شريكهِ . . فهلْ يقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ إِذا كانَ موسِراً ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يقوَّمُ عليهِ ؛ لأَنَّ المدبَّرَ كالقِنِّ في التصرُّفِ فيهِ بالبيعِ والهبةِ ، فكانَ كالقِنِّ في العتقِ والسرايةِ .

والثاني : لا يقوَّمُ عليهِ . وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ .

قالَ المحامليُّ : **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ الشريكَ قدِ ٱستحقَّ الوَلاءَ علىٰ نصيبهِ بموتهِ ، فلَم يَجزْ إِبطالُ ذٰلكَ عليهِ بالتقويمِ .

فعلىٰ هٰذا : لَو رجعَ الشريكُ في تدبيرِ نصيبهِ . . **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّه يقوَّمُ علىٰ المعتِقِ ويَسري عتقُهُ إِلىٰ جميعِهِ ؛ لأَنَّ المنعَ مِنَ التقويمِ إِنَّما كانَ لمَا ٱستحقَّهُ السيِّدُ مِنَ الوَلاءِ ، وقدْ بطلَ ذٰلكَ برجوعهِ .

فرعٌ : [تدبير بعض العبد] :

وإِنْ كانَ لرجلٍ عبدٌ فدبَّرَ بعضَهُ . . صحَّ ذٰلكَ كما يصحُّ عتقُهُ في بعضِ عبدِهِ ، وهلْ يَسري التدبيرُ إِلىٰ جميعهِ ؟

المنصوصُ للشافعيِّ : (أَنَّه لا يَسري التدبيرُ إِلىٰ باقيهِ) ؛ لأَنَّ التدبيرَ لَيس بإِتلافٍ ولا سببٍ يوجبُ الإِتلافَ ؛ لأَنَّه يجوزُ بيعُهُ ، فلَم يقتضِ السِّرايةَ .

قالَ المحامليُّ : ويجيءُ فيها قولٌ آخرُ : أَنَّ التدبيرَ يَسري إِلىٰ باقيهِ ، مأخوذٌ مِنَ القولِ المحكيِّ : إِذا دبَّرَ أَحدُ الشريكينِ نصيبَهُ . . سرىٰ إِلىٰ نصيبِ شريكهِ وقوِّمَ عليهِ إِذا كانَ موسِراً .

فرعٌ : [دبرا عبدهما معاً] :

وإِنْ كانَ عبدٌ بينَ ٱثنينِ ، فقالَ كلُّ واحدٍ منهُما : إِذا متنا فأَنتَ حرٌّ . . فقدْ علَّقَ كلُّ واحدٍ منهُما عِتقَ نصيبهِ بموتهِ وموتِ شريكهِ ، فلا يصيرُ العبدُ مدبَّراً في الحالِ ؛ لأَنَّ المدبَّرَ هوَ العبدُ الذي علَّقَ سيِّدُهُ عتقَهُ بموتهِ وَحدَهُ ، وهاهُنا قدْ علَّقَ عتقَهُ بموتهِ وموتِ شريكهِ ، فكانَ عتقاً معلَّقاً بصفةٍ .

فإِنْ ماتا معاً . . عتقَ نصيبُ كلِّ واحدٍ منهُما مِنْ ثُلثِ تركتهِ بالصفةِ لا بالتدبيرِ . وإِنْ ماتَ أَحدُهما قَبْلَ الآخرِ . . لَم يعتقْ نصيبُ الميِّتِ أَوَّلاً قَبْلَ موتِ شريكهِ ، وأَمَّا نصيبُ الثاني . . فإِنَّه يصيرُ مدبَّراً ؛ لأَنَّ عتقَ نصيبهِ الآنَ متعلِّقٌ بموتهِ وحدَهُ .

وهلْ لورثةِ الأَوَّلِ أَنْ يتصرَّفوا في نصيبهم[1] قَبْلَ موتِ الثاني بما يُزيلُ المِلكَ ، كالبيعِ والهبةِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » :

[**أَحدُهما**] : قالَ صاحبُ « التقريبِ » : لَهم ذٰلكَ ، كما لَو علَّقَ عتقَ عبدِهِ علىٰ صفتينِ فوُجدَتْ إِحداهُما ، فلَه أَنْ يزيلَ مِلكَهُ عنهُ قَبْلَ وُجودِ الأُخرىٰ .

و[**الثاني**] : قالَ غيرُهُ مِنْ أَصحابِنا : ليسَ لَهم ذٰلكَ ، **وهوَ الأَصحُّ** ، كما لَو قالَ لعبدِهِ : إِذا متُّ فدخلتَ الدارَ . . فأَنتَ حرٌّ ، فأَرادَ العبدُ دخولَ الدارِ ، لَم يكنْ لِلوارثِ منعُهُ مِنَ الدخولِ ، ولا بيعُهُ ، وكَما لَو قالَ : إِذا متُّ ومضىٰ يومٌ . . فأَنتَ حرٌّ ، فليسَ لَهم بيعُهُ قَبْلَ مضيِّ اليومِ . ولَهم ٱستخدامُهُ قَبْلَ موتِ الثاني .

فإِنْ كسبَ مالاً بعدَ موتِ الأَوَّلِ وقَبْلَ موتِ الثاني ، ثمَّ ماتَ الثاني . . فلِمَنْ يكونُ ما يخصُّ نصيبَ الأَوَّلِ مِنْ ذٰلكَ الكسبِ ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (نصيب الأول) .

أَحدُهما : أَنّه لِورثةِ الأَوَّلِ لا يُقضىٰ منهُ دَينُهُ ، ولا تُنفَّذُ منهُ وصاياهُ .

والثاني : أَنّه مِنْ جملةِ تركةِ الأَوَّلِ ، يُقضىٰ منهُ دَينُهُ وتُنفَّذُ منهُ وَصاياهُ ، بناءً علىٰ الوجهينِ في جوازِ تصرُّفِ الورثةِ في رقبتهِ .

فأَمّا إِذا قالَ كلُّ واحدٍ مِنَ الشريكينِ : أَنتَ حبيسٌ علىٰ آخِرنا موتاً ، فإِذا ماتَ عتقتَ . . فإِنَّه لا يعتقُ نصيبُ أَحدِهما إِلاَّ بموتهِ وموتِ شريكهِ كالأُولىٰ ، إِلاَّ أَنَّ هاهُنا إِذا ماتَ أَحدُهما . . كانتْ منفعةُ نصيبهِ موصىً بها لشريكهِ إِلىٰ أَنْ يموتَ الآخَرُ منهُما ، فإِذا ماتَ . . عتقَ عليهما مِنْ ثُلثِ تركتِهما .

مسأَلةٌ : [جواز بيع المدبر] :

ويجوزُ للمولىٰ بيعُ المدبَّرِ وهبتُهُ ووقفُهُ ، سواءٌ كانَ التدبيرُ مطلقاً أَو مقيَّداً . ورويَ ذٰلكَ عَنْ عائشةَ[1] رضيَ اللهُ عنها ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ[2] ، وطاووسٍ[3] ، ومجاهدٍ ، وهيَ إِحدىٰ الروايتينِ عَنْ أَحمدَ . والأُخرىٰ عنهُ : (يجوزُ بيعُهُ لأَجلِ الدَّينِ) .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ كانَ التدبيرُ مقيَّداً ، بأَنْ قالَ : إِذا متُّ في هٰذا الشهرِ أَو مِنْ هٰذا المرضِ فأَنتَ حرٌّ . . جازَ بيعُهُ وهبتُهُ . وإِنْ كانَ مطلَقاً ؛ بأَنْ يقولَ : إِذا متُّ فأَنتَ حرٌّ . . لَم يَجُزْ بيعُهُ ولا هبتُهُ) .

وقالَ مالكٌ : (لا يجوزُ بيعُهُ ولا هبتُهُ بحالٍ) .

دليلُنا : ما روىٰ جابرٌ : (أَنَّ رجلاً ـ يقالُ لَه : أَبو مذكور ـ كانَ لَه عبدٌ قِبطيٌّ ـ يقالُ

---

(١) أخرج خبر عائشة الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٢٢١) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٦٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣١٣) في المدبر .

(٢) أخرج خبر عمر بن عبد العزيز الشافعي في « الأم » (٧/ ٣٤٨) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٦٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣١٣) .

(٣) أخرج أثر طاووس الشافعي في « الأم » (٧/ ٣٤٨) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٦٦) و (١٦٦٧٠) ، وابن حزم في « المحلىٰ » (٩/ ٣٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣١٣) .

لَه : يعقوبُ ـ فأعتقَهُ عَنْ دُبُرٍ منهُ ، فبلغَ ذٰلكَ النبيَّ ﷺ ، فدعاهُ النبيُّ ﷺ ، فقالَ : مَنْ يَشتريهِ منِّيَ ؟ فاشتراهُ منهُ نعيمٌ بن النحّامِ بسبعِ مئةٍ أَو بتسعِ مئةٍ ، قالَ جابرٌ : ماتَ وهوَ عبدٌ في أَوَّلِ عامٍ مِنْ إمارةِ ابنِ الزبيرِ)[1] .

ولأَنَّ عتقَ نصفِهِ ثبتَ بقولِ السيِّدِ وَحدَهُ ، فلَمْ يكنْ لازماً ، كما لَو قالَ لَه : إنْ دخلتَ الدارَ . . فأَنتَ حرٌّ ، أَو كما لَو كانَ مقيَّداً .

فرعٌ : [للسيد اكتساب المدبر واستخدامه] :

ويملكُ السيِّدُ اكتسابَهُ واستخدامَهُ . وإِنْ كانتْ جاريةً . . مَلكَ وَطْأَها ؛ لمَا رويَ : (أَنَّ ابن عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ دبَّرَ أَمتينِ لَه ، وكانَ يطَؤُهُما بعدَ التدبيرِ)[2] . ولأَنَّ المدبَّرَ كالقِنِّ في البيعِ ، فكانَ كالقِنِّ فيما ذكرناه .

وإِنْ جُنيَ علىٰ المدبَّرِ ، فإِنْ كانتْ علىٰ الطرَفِ . . فللسيِّدِ استيفاءُ القِصاصِ فيها والأَرشُ ، ويكونُ المدبَّرُ باقياً علىٰ تدبيرِهِ .

وإِنْ جنىٰ علىٰ نفسهِ عمداً . . فللسيِّدِ استيفاءُ القِصاصِ فيها ، وإِنْ كانتْ خطأً أَو عمداً لا قِصاصَ فيها . . فللسيِّدِ أَخذُ الأَرشِ فيها ، وإِذا أَخذَهُ . . مَلكَهُ .

فإِنْ قيلَ : فهلاَّ قلتم : تكونُ قيمتُهُ قائمةً مقامَهُ كقيمةِ الرهنِ ؟

قُلنا : الفرقُ بينَهُما : أَنَّ القيمةَ لا تكونُ مدبَّرةً ، ويمكنُ أَنْ تكونَ القيمةُ رهناً .

---

(١) سلف وأخرجه عن جابر من طرق الشافعي في « الأم » (٣٤٧/٧ و٣٤٨) ، والبخاري (٢٢٣٠) في البيوع (٢٥٣٤) في العتق ، ومسلم (١٦٦٨) م (٥٨) في الأيمان ، وأبو داود (٣٩٥٥) و (٣٩٥٧) في العتق ، والترمذي (١٢١٩) في البيوع ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٢٥٤٦) في الزكاة وفي « الكبرىٰ » (٤٩٩٩) و (٥٠٠٨) وغيرهما ، وابن ماجه (٢٥١٣) في العتق ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٣٠٨/١٠) في المدبر .

(٢) أخرج خبر ابن عمر مالك في « الموطأ » (٨١٤/٢) ، والشافعي في « الأم » (٣٥٧/٧) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٩٧) و (١٦٦٩٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٣١٥/١٠) في المدبر بإسناد صحيح ، وفي الباب كما في بعض النسخ :
عن عمر أمير المؤمنين رواه عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٧٠١) بلفظ : (أنه أعتق وليدة له عن دبر ثم وطئها بعد ذٰلك سبع سنين) .

فإنْ قيلَ : هلاَّ أخذتُم بالقيمةِ عبداً يكونُ مدبَّراً ، كما جعلتُم قيمةَ المرهونِ رهناً ؟

قُلنا : الفرقُ بينهُما : أنَّ العبدَ المأخوذَ بقيمتهِ لا يكونُ بدلَهُ ، وإنما يكونُ بدلَ قيمتهِ ، ولأنَّ الرهنَ لازمٌ ، فتعلَّقَ ببدلهِ ، والتدبيرَ ليسَ بلازمٍ ؛ لأنَّه يجوزُ إبطالهُ بالبيعِ .

فرعٌ : [جناية المدبر] :

وإنْ جنىٰ المدبَّرُ علىٰ غيرهِ ، فإنْ كانتِ الجنايةُ عمداً ، فاْختارَ المجنيُّ عليهِ القِصاصَ ، فاْقتصَّ ، فإنْ كانَ في النفْسِ . . بطلَ التدبيرُ ، وإنْ كانَ في الطَّرَفِ . . كانَ باقياً علىٰ تدبيرهِ . وإنْ كانتِ الجنايةُ خطأً أو عمداً فعفىٰ المجنيُّ عليهِ علىٰ مالٍ . . تعلَّقَ الأَرشُ برقبةِ المدبَّرِ كالعبدِ القِنِّ .

وإنِ اْختارَ السيِّدُ أنْ يفديَهُ . . فبكَمْ يلزمُهُ أنْ يفديَهُ ؟ فيهِ قولانِ :

أحدُهما : بأقلِّ الأمرينِ مِنْ قيمتهِ أو أرشِ الجنايةِ .

والثاني : بأرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ ، كالقولينِ في العبدِ القنِّ .

فإنْ فداهُ . . سقطَ حكمُ الجنايةِ وكانَ باقياً علىٰ التدبيرِ . وإنِ اْختارَ أنْ يسلِّمَهُ للبيعِ ، فإنْ كانَ الأَرشُ يستغرقُ قيمتَهُ . . بِيعَ جميعُهُ في الأَرشِ . وإنْ كانَ الأَرشُ لا يستغرقُ قيمتَهُ . . بِيعَ منهُ بقَدْرِ أَرشِ الجنايةِ إنْ أمكنَ بَيعُ ذٰلكَ ، وكانَ الباقي علىٰ التدبيرِ ، إلاَّ أنْ يختارَ السيِّدُ بَيعَ جميعهِ ، فيباعُ ؛ لأنَّ للسيِّدِ بيعَ المدبَّرِ بكلِّ حالٍ .

فإنْ ماتَ السيِّدُ قَبْلَ أنْ يفديَهُ وقَبْلَ بيعِهِ . . فهلْ يعتقُ ؟

إنْ قُلنا : لا يصحُّ عتقُ العبدِ الجاني . . لَم يعتقْ ، وكانَ الورثةُ بالخيارِ بينَ أنْ يَفدوهُ أو يسلِّموهُ للبيعِ .

وإنْ قُلنا : يصحُّ عتقُ العبدِ الجاني . . عتقَ بالتدبيرِ وأُخذتِ القيمةُ مِنْ أَصلِ التركةِ ؛ لأنَّه عتقٌ بسببٍ مِنْ جهتهِ ، فتعلَّقَ الأَرشُ بتركتهِ .

ولا يجبُ في التركةِ إلاَّ أقلُّ الأمرينِ مِنَ القيمةِ أوِ الأَرشِ قولاً واحداً ؛ لأنَّه لا يمكنُ بيعُهُ .

مسأَلةٌ : [دبر أمته فأتت بولد] :

وإِذا دبَّرَ أَمَتَهُ فأَتتْ بولدٍ مِنْ زواجٍ أَو زناً لستَّةِ أَشهرٍ ، فما زادَ مِنْ وَقتِ التدبيرِ . . فإِنَّه يحكمُ بأَنَّ الولدَ حدثَ بعدَ التدبيرِ ، وهلْ يتبعُ أُمَّهُ في التدبيرِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يتبعُها في التدبيرِ . وبهِ قالَ عمرُ[(١)] ، وٱبنُ عمرَ[(٢)] ، وٱبنُ مسعودٍ[(٣)] ، وأَبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والثوريُّ ، وأَحمدُ ، وإِسحاقُ رضيَ اللهُ عنهُم ؛ لأَنَّها أَمةٌ تعتقُ بموتِ سيِّدِها ، فتبعَها ولدُها في حكمِها ، كولدِ أُمِّ الولدِ .

والثاني : لا يتبعُها . وبهِ قالَ جابرُ بنُ زيدٍ[(٤)] أَبو الشعثاءِ .

قالَ المحامليُّ : **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ التدبيرَ عقدٌ يلحقُهُ الفسخُ ، فلَم يَسرِ إِلىٰ الولدِ ، كالرهنِ والوصيَّةِ .

وٱختلفَ أَصحابُنا في موضعِ القولينِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : إِنَّما بناهما الشافعيُّ رضيَ اللهُ عنهُ علىٰ القولينِ في التدبيرِ . فإِنْ قُلنا : إِنَّه وصيَّةٌ . . لَم يتبعْها ولدُها ، كما لَو وصَّىٰ بأَمةٍ ثمَّ أَتتْ بولدٍ ، فإِنَّه لا يتبعُها . وإِنْ قُلنا : إِنَّه عتقٌ بصفةٍ . . تبعَها ولدُها .

ومنهُم مَنْ قالَ : القولانِ إِنَّما هُما علىٰ القولِ الذي يقولُ : التدبيرُ عتقٌ بصفةٍ[(٥)] ، فأَمَّا إِذا قُلنا : إِنَّه وصيَّةٌ . . فلا يتبعها قولاً واحداً .

---

(١) أورده عن عمر أمير المؤمنين د . القلعجي في « موسوعة فقه عمر » (ص/ ٤٣٦) .

(٢) أخرج خبر ابن عمر عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٨٢) و(١٦٦٨٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣١٥) في المدبر .

(٣) أخرج خبر ابن مسعود ابن حزم في « المحلىٰ » (٩/ ٣٩) ، وكذا أورده ابن قدامة في « المغني » (٩/ ٣٩٣) .

(٤) أخرج أثر جابر بن زيد الشافعي في « الأم » (٧/ ٣٥٨) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٨٨) و(١٦٦٩٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣١٦) في المدبر .
وجاء في النسخ : (جابر بن أبي الشعثاء) . والتصويب من « التقريب » ومصادر التخريج .

(٥) جاء في نسخة : (القولين في المدبر الذي عتق نصفه) .

ومنهُم مَنْ قالَ : إِنَّ القولينِ في الحالينِ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمهُ الله تعالىٰ قَدْ نصَّ علىٰ أَنَّه : (إِذا عُلِّقَ عتقُ أَمَةٍ علىٰ صفةٍ ، ثمَّ أَتتْ بولدٍ مِنْ نكاحٍ أَو زناً . . فهلْ يتبعُها ؟ فيهِ قولانِ) . فلَو كانَ ولدُ المدبَّرةِ إِنَّما يتبعُها إِذا قُلنا : إِنَّ التدبيرَ عتقٌ بصفةٍ . . لكانَ يتبعُها هاهُنا قولاً واحداً .

فإِنْ قُلنا : إِنَّ الولدَ لا يتبعُ الأُمَّ في التدبيرِ . . كانَ مملوكاً للسيِّدِ يتصرَّفُ فيهِ كيفَ شاءَ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّه يتبعُها ، فإِنْ ماتتِ الأُمُّ في حياةِ المولىٰ ، أَو رجعَ في تدبيرِها . . لَم يبطلِ التدبيرُ في ولدِها ؛ لأَنَّهما مدبَّرانِ ، فلا يبطلُ تدبيرُ أَحدِهما ببطلانِ تدبيرِ الآخَرِ .

فرعٌ : [دبر الأمة وهي حامل] :

وإِنْ دبَّرَ الأُمَّ وهيَ حاملٌ ، فإِنْ أَتتْ بالولدِ لِدونِ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ وَقتِ التدبيرِ . . فاختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ أَكثرُهم : يتبعُها في التدبيرِ قولاً واحداً ؛ لأَنَّه يجري مجرىٰ أَعضائِها .

ومنهُم مَنْ قالَ : إِنْ قُلنا : إِن الحَمْلَ لَه حكمٌ . . تبعَها في التدبيرِ قولاً واحداً . وإِنْ قُلنا : لا حكمَ لَه . . فهوَ كما لَو حدثَ بعدَ التدبيرِ ، وهلْ يتبعُها ؟ علىٰ قولينِ . وهٰذهِ علىٰ طريقةِ المسعوديِّ [في « الإبانة »] ، واختيارِ المحامليِّ .

ولَو دبَّرَ جاريةً فماتَ المولىٰ وهيَ حاملٌ . . عتقتْ وتبعَها وَلدُها في العتقِ قولاً واحداً ، سواءٌ كانَ موجوداً وَقتَ التدبيرِ أَو حدثَ بعدَهُ ، كما لَو أَعتقَ جاريةً حاملاً .

فرعٌ : [وطء المدبر الجارية الموهوبة له] :

وإِنْ دبَّرَ عبدَهُ ، ثمَّ وهبَ لَه جاريةً ، فأَذنَ لَه في وَطئِها ، فوَطِئَها فأَتتْ منهُ بولدٍ . . فإِنَّه لا حدَّ علىٰ العبدِ ويلحقُهُ نسبُ الولدِ للشبهةِ .

فإِنْ قُلنا بالقولِ **الجديدِ** ، وأَنَّ العبدَ لا يملكُ إِذا مَلَّكَهُ سيِّدهُ . . فالولدُ باقٍ علىٰ مِلكِ السيِّدِ .

وإنْ قُلنا بالقولِ **القديمِ** ، وأَنَّ العبدَ يَملكُ إذا مَلَّكَهُ سيِّدُهُ . . فالولدُ ٱبنُ العبدِ ومملوكُهُ ، ولا يعتقُ عليهِ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ غيرُ تامٍّ عليهِ . وهلْ يتبعُهُ في التدبيرِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يتبعُهُ ؛ لأَنَّ الولدَ إنَّما يتبعُ أُمَّهُ في الرقِّ والحرِّيَّةِ دونَ أَبيهِ .

والثاني : يتبعُهُ الولدُ في التدبيرِ ؛ لأَنَّ وَطأَهُ صادفَ مِلكَهُ ، فتبعَهُ وَلدُهُ في حكمِهِ ، كالحرِّ إذا وَطِىءَ أَمةً لَه .

مسأَلةٌ : [جواز رجوع السيد بالتدبير] :

التدبيرُ غيرُ لازمٍ قَبْلَ موتِ السيِّدِ ، فيجوزُ للسيِّدِ الرجوعُ فيهِ بما يُزيلُ المِلكَ ، كالبيعِ والهبةِ والوقفِ ؛ لحديثِ جابرٍ في بيعِ المدبَّرِ . وإذا ثبتَ الخبرُ في البيعِ . . قِسْنا[1] عليهِ كلَّ تصرُّفٍ يزيلُ المِلكَ .

وهلْ يصحُّ الرجوعُ فيهِ بقولهِ : نقضتُ التدبيرَ ، وأَبطلتُهُ ، ورَجعتُ فيهِ ، وفسختُهُ ؟ فيهِ قولانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ في **القديمِ** وبعضِ كتبهِ **الجديدةِ** : (هوَ كالوصيَّةِ فيصحُّ الرجوعُ فيهِ بما يُزيلُ المِلكَ وبالفسخِ) . وهوَ ٱختيارُ المُزنيِّ ؛ لأَنَّه جعلَ للعبدِ نفسَهُ ، فهوَ كالوصيَّةِ .

و[**الثاني**] : قالَ في أَكثرِ كتبهِ **الجديدةِ** : (هوَ كالعتقِ المعلَّقِ علىٰ الصفةِ ، فلا يصحُّ الرجوعُ فيهِ إلاّ بتصرُّفٍ يُزيلُ المِلكَ) **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّه عتقٌ معلَّقٌ بصفةٍ ، فهوَ كما لَو قالَ لعبدِهِ : إذا دخلتَ الدارَ فأَنتَ حرٌّ .

وإنْ دبَّرَ عبدَهُ ثمَّ وهبَهُ لغيرهِ ولَم يُقبضْهُ . . **فالمنصوصُ** : (أَنَّه رجوعٌ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : هٰذا علىٰ القولِ الذي يقولُ : إنَّه وصيَّةٌ ، فأَمَّا إذا قُلنا : إنَّه عتقٌ بصفةٍ . . فلا يكونُ رجوعاً ؛ لأَنَّ مِلكَهُ لَم يزلْ عنهُ بذٰلكَ .

---

(١) في (م) : (فثبتنا) .

ومنهُم مَنْ قالَ : هوَ رجوعٌ علىٰ القولينِ ؛ لأنَّ الهبةَ سببٌ لإزالةِ المِلكِ .

وإنْ دبَّرَ عبدَهُ ، ثمَّ كاتبَهُ ، فإنْ قُلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ . . كانتِ الكتابةُ رجوعاً فيهِ . وإنْ قُلنا : إنَّه عتقٌ بصفةٍ . . لَم يكنْ رجوعاً ، وكانَ كما لَو كاتبَهُ ، ثمَّ دبَّرهُ .

وإنْ دبَّرَ عبدَهُ ، ثمَّ قالَ لَه : إنْ أَدَّيتَ إلىٰ وارثي ألفاً فأنتَ حرٌّ . . **فالمنصوصُ** : (أنَّه رجوعٌ في التدبيرِ) . فاختلفَ أصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : إنَّما ذٰلكَ إذا قُلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ ؛ لأنَّه عَدلَ عَنِ العتقِ بالتدبيرِ إلىٰ العتقِ بالمالِ ، فكانَ رجوعاً فيهِ . فأمَّا إذا قُلنا : إنَّه عتقٌ بصفةٍ . . فليسَ برجوعٍ ، بلْ إنْ خرجَ مِنَ الثُّلثِ . . عتقَ بالتدبيرِ وبطلَ العتقُ بالمالِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : بلْ هوَ رجوعٌ علىٰ القولينِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ معاوضةٌ معَ العبدِ ، فجرىٰ مجرىٰ البيعِ .

وإنْ دبَّرَ جاريةً ثمَّ استولدَها . . بطلَ التدبيرُ ؛ لأنَّ العتقَ بالاستيلادِ أقوىٰ .

وإنْ دبَّرَ عبداً ثمَّ رجعَ في تدبيرِ بعضِهِ . . صحَّ الرجوعُ فيما رجعَ فيهِ ، كما يصحُّ التدبيرُ في بعضِهِ ، ولا يَسري الرجوعُ إلىٰ باقيهِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ لا سِرايةَ لَه .

فرعٌ : [تدبير الحمل دون الجارية] :

ويجوزُ تدبيرُ حَمْلِ الجاريةِ دونَ الجاريةِ كما يجوزُ عتقُهُ ، ولا يَسري ذٰلكَ إلىٰ الجارية كما لا يَسري عتقُ الحَمْلِ إلىٰ الأُمِّ .

فإنْ أرادَ الرجوعَ في تدبيرِ الحَمْلِ ، فإنْ قُلنا : يصحُّ الرجوعُ فيهِ بلفظِ الفسخِ والإبطالِ وما أشبهَهُ . . رجعَ في تدبيرِهِ بذٰلكَ . وإنْ قُلنا : لا يصحُّ الرجوعُ في التدبيرِ إلاَّ بتصرُّفٍ يزيلُ المِلكَ كالبيعِ والهبةِ . . فلا يمكنُ ذٰلكَ في الحَمْلِ وحدَهُ .

فإنْ باعَ الأُمَّ : قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ في « الأُمِّ » [٣٥٨/٧] : (فإنْ قصدَ بالبيعِ الرجوعَ في تدبيرِ الحَمْلِ . . صحَّ البيعُ . وإنْ لَم يقصدِ الرجوعَ في تدبيرِ الحَمْلِ . . لَم يصحَّ البيعُ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ :

فقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] وبعضُ أَصحابِنا البغداديِّينَ : إِنْ نوىٰ بالبيعِ الرجوعَ في تدبيرِ الحَمْلِ ، صحَّ البيعُ في الأُمِّ والحَمْلِ . وإِنْ لَم يَنوِ بالبيعِ الرجوعَ في تدبيرِ الحَمْلِ . . لَم يصحَّ البيعُ فيهِما ، كما لَو باعَ الجاريةَ وٱستثنىٰ حَمْلَها .

وذهبَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وأَكثرُ أَصحابِنا إِلىٰ : أَنَّه يصحُّ البيعُ فيهِما ، ويكونُ رجوعاً في تدبيرِ الحَمْلِ سواءٌ نوىٰ الرجوعَ أَو لَم يَنوِ ؛ لأَنَّ البيعَ لا يفتقرُ إِلىٰ النيَّةِ ؛ أَلا ترىٰ أَنَّه لَو دبَّرَ عبداً فباعَهُ . . صحَّ البيعُ ، وكانَ رجوعاً في التدبيرِ وإِنْ لَم يَنوِ الرجوعَ .

وتأَوَّلوا قولَهُ : (إِنْ قصدَ بالبيعِ الرجوعَ في تدبيرِ الحملِ . . صحَّ البيعُ) أَرادَ : إِذا باعَ الجاريةَ مطلقاً ولَم يستثنِ الحَمْلَ . . فإِنَّ البيعَ يصحُّ فيهِما .

وقولَه : (وإِنْ لَم يقصدِ الرجوعَ في تدبيرِ الحَمْلِ . . لَم يصحَّ البيعُ) أَرادَ : إِذا باعَ الجاريةَ وٱستثنىٰ حَمْلَها . . لَم يصحَّ البيعُ فيهِما ، كما لا يصحُّ ٱستثناءُ بعضِ أَعضائِها .

فرعٌ : [يتبع الولدُ الحادث الأمَّ في التدبير] :

إِذا قُلنا : إِنَّ الولدَ الحادثَ بعدَ التدبيرِ ، يتبعُ الجاريةَ في التدبيرِ فولدَتْ أَولاداً بعدَ التدبيرِ . . تَبعَها الجميعُ في التدبيرِ . فإِنْ قالَ السيِّدُ قَبْلَ الوِلادةِ : كلَّما ولدتِ ولداً فقدْ رجعتُ في تدبيرِهِ . . لَم يصحَّ هٰذا الرجوعُ ؛ لأَنَّ الرجوعَ إِنَّما يصحُّ فيمَنْ ثبتَ لَه حكمُ التدبيرِ ، وقَبْلَ أَنْ تلدَ ما ثبتَ للولدِ حكمُ التدبيرِ ، فلَم يصحَّ الرجوعُ فيهِ ، كما لَو قالَ لعبدِهِ : إِنْ دبَّرتُكَ فقدْ رجعتُ في تدبيركَ . . فلا يصحُّ هٰذا الرجوعُ .

فرعٌ : [تدبير الصبي والسفيه] :

وإِنْ دبَّرَ الصبيُّ أَوِ السفيهُ ، وقُلنا : يصحُّ تدبيرهُما ، فإِنْ قُلنا : يصحُّ هٰذا الرجوعُ بلفظِ الفسخِ . . صحَّ رجوعُهما بالفسخِ .

وإِنْ قُلنا : لا يصحُّ الرجوعُ إِلاَّ بتصرُّفٍ يُزيلُ المِلكَ . . فلا يصحُّ ذٰلكَ منهُما ؛ لأَنَّه لا يصحُّ بيعُهُما .

وإنْ باعَ وليُّهما[١] العبدَ . . كانَ ذٰلكَ رجوعاً في تدبيرِهما .

وإنْ دبَّرَ عبدَهُ ، ثمَّ خرسَ السيِّدُ ، فأشارَ إلىٰ الرجوعِ أوِ كتبَ ذٰلكَ ، فإنْ قُلنا : يصحُّ الرجوعُ بالقولِ . . صحَّ الرجوعُ ، وإنْ قُلنا : لا يصحُّ الرجوعُ إلاَّ بتصرُّفٍ يُزيلُ المِلكَ . . لَم يصحَّ رجوعُهُ بذٰلكَ ، ولا ينصَّبُ لَه وليٌّ ؛ لأنَّه رشيدٌ .

فإنْ أشارَ إلىٰ البيعِ وفُهِمَ ذٰلكَ منهُ . . صحَّ بيعُهُ وكانَ ذٰلكَ رجوعاً في التدبيرِ .

مسألَةٌ : [الردة لا تبطل التدبير] :

وإنْ دبَّرَ عبدَهُ ، ثمَّ ٱرتدَّ السيِّدُ . . **فنصَّ الشافعيُّ** رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (أنَّ التدبيرَ لا يبطلُ) وٱختلفَ أصحابُنا فيهِ :

فقالَ أبو إسحاقَ المروزيُّ : لا يبطل التدبيرُ قولاً واحداً ؛ لأنَّ الردَّةَ إنَّما تؤثِّرُ في العقودِ المستقبلةِ دونَ الماضيةِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : هٰذهِ المسألَةُ مبنيَّةٌ علىٰ الأقوالِ في مِلكِ المرتدِّ ، فإنْ قُلنا : إنْ مِلكَهُ قدْ زالَ بالردَّةِ . . بطلَ التدبيرُ . وإنْ قُلنا : إنَّ مِلكَهُ موقوفٌ . . كانَ تدبيرُهُ موقوفاً . وإنْ قُلنا : إنَّ مِلكَهُ باقٍ . . لَم يبطلِ التدبيرُ ، وحُمِلَ نصُّ الشافعيِّ هاهُنا علىٰ القولِ الذي يقولُ : إنَّ مِلكَهُ باقٍ لَم يبطلِ التدبيرَ . وإلىٰ هٰذا أومأَ[٢] صاحبُ « المهذَّبِ » .

ومنهُم مَنْ قالَ : يبطلُ التدبيرُ قولاً واحداً ؛ لأنَّ المدبَّرَ يعتقُ مِنْ ثُلثِ التركةِ ، فلا يعتقُ حتَّىٰ يحصلَ[٣] لِلورثةِ مِثلاهُ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : **والأوَّلُ أصحُّ** ؛ لأنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ قالَ : (إذا دبَّرَ المرتدُّ عبدَهُ . . فهلْ يصحُّ تدبيرُهُ ؟ فيهِ ثلاثةُ أقوالٍ بناءً علىٰ الأقوالِ في مِلكهِ فإنْ قُلنا : إنَّ مِلكَهُ لا يزولُ بالردَّةِ . . صحَّ تدبيرُهُ . وإنْ قُلنا : إنَّ مِلكَهُ يزولُ بالردَّةِ . . لَم يصحَّ

---

(١) في نسخة : (وكيلهما) .
(٢) في نسخة : (أوصىٰ) .
(٣) في (م) : (يصحَّ) .

تدبيرُهُ . وإِنْ قُلنا : إِنَّ مِلكَهُ موقوفٌ . . كانَ تدبيرُهُ موقوفاً) .

وقولُ مَنْ قالَ : لا يصحُّ حتَّىٰ يحصلَ لِلورثةِ مِثلاهُ . . غيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّ مالَهُ لِلمسلمينَ ، وقدْ حصلَ لَهم مِثلاهُ .

فرعٌ : [ردَّة العبد لا تبطل التدبير] :

وإِنْ دبَّرَ المسلِمُ عبدَهُ فٱرتدَّ العبدُ . . لَم يبطلِ التدبيرُ ؛ لأَنَّ المِلكَ باقٍ عليهِ لا يبطلُ بالردَّةِ .

فإِنْ كانَ العبدُ ذمِّيّاً فلحِقَ العبدُ بدارِ الحربِ فأُسِرَ . . وَجبُ ردُّهُ إِلىٰ سيِّدِهِ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ باقٍ عليهِ . وإِنْ أُسِرَ بعدَ أَنْ ماتَ سيِّدُهُ . . لَم يَجزِ ٱسترقاقُهُ ؛ لأَنَّه قدْ ثبتَ عليهِ لمولاهُ الوَلاءُ ، فلا يجوزُ إِبطالُ ذٰلكَ عليهِ .

مسأَلةٌ : [تدبير الكافر] :

وإِنْ دبَّرَ الكافرُ عبدَهُ الكافرَ . . صحَّ تدبيرُهُ ، سواءٌ كانَ يهوديّاً ، أَو نصرانيّاً ، أَو مجوسيّاً ، أَو وثنيّاً . ولا فرقَ بينَ أَنْ يكونَ ذمِّيّاً أَو حربيّاً ، كما يصحُّ عتقُهُ .

فإِنْ دخلَ الحربيُّ دارَ الإِسلامِ بأَمانٍ ومعَهُ عبدٌ مدبَّرٌ ، ثمَّ أَرادَ الرجوعَ بهِ إِلىٰ دارِ الحربِ . . لَم يُمنعْ منهُ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ باقٍ عليهِ ، فإِنْ رَجعَ في تدبيرِهِ . . فحكمُهُ حكمُ المسلِمِ إِذا رَجعَ في تدبيرِهِ علىٰ ما مضىٰ .

وإِنْ أَسلَمَ العبدُ قَبلَ رجوعِ السيِّدِ ، فإِنْ رَجعَ السيِّدُ في التدبيرِ بالفسخِ ، وقُلنا : يصحُّ الرجوعُ بهِ . . رجعَ المدبَّرُ قِنّاً لَه ، وأُمِرَ بإِزالةِ مِلكهِ عنهُ ؛ لأَنَّ الكافرَ لا يُقَرُّ علىٰ مِلكِ المسلِمِ .

وإِنْ لَم يرجعْ ، أَو رَجعَ وقُلنا : لا يصحُّ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُباعُ عليهِ العبدُ . وهوَ ٱختيارُ المُزنيِّ ؛ لأَنَّ الكافرَ لا يُقَرُّ علىٰ مِلكِ المسلِمِ ، فبيعَ عليهِ كغيرِ المدبَّرِ .

والثاني : لا يباعُ عليهِ . وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ .

قالَ المحامليُّ **وهوَ الأَشبهُ** ؛ لأَنَّه إِنَّما يباعُ لطلبِ الحظِّ للعبدِ لأَنْ لا يجريَ عليهِ صَغارٌ في مِلكِ الكافرِ ، وهاهُنا الحظُّ لَه أَنْ لا يباعَ ؛ لأَنَّه قدْ ثبتَ لَه سببُ العتقِ ، فلا يجوزُ إِبطالُ ذٰلكَ عليهِ بالبيعِ .

فعلىٰ هٰذا : لا يُتركُ في يدِ سيِّدِهِ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ صَغاراً علىٰ المسلِمِ ، بلْ يكونُ السيِّدُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يخارجَهُ علىٰ شيءٍ ، وبينَ أَنْ يتركَهُ علىٰ يدِ مسلِمٍ ثقةٍ ، وينفقَ عليهِ مِنْ كسبهِ إِنْ كانَ لَه كسبٌ ، ويكونَ الباقي مِنَ الكسبِ للسيِّدِ . وإِنْ لَم يكنْ لَه كسبٌ . . أَنفقَ عليهِ مِنْ مالهِ .

فإِنْ ماتَ السيِّدُ وخرجَ مِنَ الثُّلثِ . . عتقَ عليهِ . وإِنْ لَم يخرجْ مِنَ الثُّلثِ . . بِيعَ ما رقَّ منهُ علىٰ الورثةِ قولاً واحداً ؛ لأَنَّه لَم تبقَ لَه حرِّيَّةٌ منتظرةٌ ، فوجبَ بيعُهُ .

مسأَلةٌ : [يرد جحود التدبير بعدلين] :

قالَ الشافعيُّ : (ولا يجوزُ علىٰ التدبيرِ إِذا جحدَ السيِّدُ إِلاَّ عدلانِ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ العبدَ إِذا ٱدَّعىٰ علىٰ سيِّدِهِ أَنَّه دبَّرَهُ وأَنكرَ السيِّدُ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ التدبيرَ عتقٌ بصفةٍ . . سُمعتْ دعوىٰ العبدِ ؛ لأَنَّ السيِّدَ لا يملكُ إِبطالَ الصفةِ بالرجوعِ . فإِنْ كانَ معَ العبدِ بيِّنةٌ . . ثبتَ التدبيرُ ، ولا يُقبلُ فيهِ إِلاّ شاهدانِ ذَكرانِ ؛ لأَنَّه شهادةٌ علىٰ ما ليسَ بمالٍ ، ويطَّلعُ عليهِ الرجالُ . وإِنْ لَم يكنْ معَ العبدِ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ التدبيرِ ، فيحلفُ علىٰ القطعِ أَنَّه ما دبَّرَهُ ؛ لأَنَّه يحلفُ علىٰ فعلِ نفْسِهِ ، فإِن نكلَ عنِ اليمينِ . . ردَّتِ اليمينُ علىٰ العبدِ ، فيحلفُ لقدْ دبَّرَهُ ، ويثبتُ التدبيرُ . فإِنِ ٱدَّعىٰ السيِّدُ أَنَّه قدْ باعَهُ ثمَّ ٱشتراهُ ، وأَقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنةً . . قُبِلَ ، ويُقبَلُ فيهِ شاهدٌ وٱمرأَتانِ ؛ لأَنَّه دعوىٰ مِلكٍ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ . . فهلْ تسمعُ دعوىٰ العبدِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا تُسمعُ دعواهُ ؛ لأَنَّ السيِّدَ يملكُ الرجوعَ فيهِ بالقولِ ، فكانَ إِنكارهُ رجوعاً .

و[**الثاني**] : منهُم مَنْ قالَ : تُسمعُ دعواهُ ، **وهوَ ظاهرُ النصِّ** هاهُنا ؛ لأَنَّ الشافعيَّ

رحمهُ اللهُ تعالىٰ قالَ في (الدعاوىٰ والبيِّناتِ) : (لَو ٱدَّعىٰ العبدُ علىٰ السيِّدِ التدبيرَ ، وأَنكرَ السيِّدُ . . قُلنا للسيِّدِ : لا تحتاجُ إِلىٰ اليمينِ ، بلْ قلْ : قدْ رجعتُ في التدبيرِ) فدلَّ علىٰ أَنَّ الجحودَ ليسَ برجوعٍ ، ولأَنَّ الرجوعَ أَنْ يقولَ : قدْ رجعتُ . فأَمَّا قولُه : ما دبَّرتُكَ . . فليسَ ذٰلكَ برجوعٍ . ولأَنَّ المرأَةَ لَوِ ٱدَّعتْ علىٰ الرجلِ النكاحَ فأَنكرَ . . لَم يكنْ إِنكارُهُ طلاقاً ، فكذٰلكَ هاهُنا لا يكونُ إِنكارُهُ رجوعاً .

فعلىٰ هٰذا : الحكمُ فيهِ حكمُ التدبيرِ إِذا قُلنا : إِنَّه عتقٌ بصفةٍ في سماعِ دعواهُ .

وإِنْ ماتَ السيِّدُ ، وٱدَّعىٰ العبدُ علىٰ الورثةِ أَنَّ السيِّدَ كانَ دبَّرهُ ، وأَنكرَ الورثةُ . . سُمعتْ دعوىٰ العبدِ علىٰ القولينِ ؛ لأَنَّه لا يصحُّ رجوعُهم في التدبيرِ .

فإِنْ كانَ معَ العبدِ شاهدانِ ذَكرانِ علىٰ التدبيرِ . . عَتقَ مِنَ الثُّلثِ . وإِنْ لَم يكنْ معَهُ شاهدانِ . . حلفَ الورثةُ أَنَّهم لا يعلمونَ أَنَّ مورِّثَهم دبَّرَهُ ؛ لأَنَّهم يحلِفونَ علىٰ نفيِ فعلِ غيرِهم . فإِنِ ٱدَّعىٰ الورثةُ أَنَّ مورِّثَهم رجعَ في التدبيرِ ، وأَقاموا علىٰ ذٰلكَ شاهدينِ ذَكرينِ . . حُكِمَ بصحَّةِ الرجوعِ . وإِنْ أَقاموا علىٰ الرجوعِ شاهداً وٱمرأَتينِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » :

أَحدُهما : يُقبلُ منهُم ذٰلكَ ؛ لأَنَّ القصدَ مِنْ ذٰلكَ إِثباتُ المالِ ، فقُبِلَ منهُم ، كما لَو أَقامَ ذٰلكَ مورِّثُهم .

والثاني : لا يُقبلُ منهُم ؛ لأَنَّهم ينفونَ حرِّيَّةً حاصلةً بموتِ السيِّدِ .

فرعٌ : [دبر أمة ومات ولها ولد فاختلفوا] :

وإِنْ دبَّرَ أَمةً وماتَ ، ومعَ الجاريةِ ولدٌ ، فٱختلفتْ هيَ والورثةُ ، فقالتْ : وَلدتُهُ بعدَ التدبيرِ ، فيتبعني في التدبيرِ ـ وقُلنا : إِنَّ وَلدَها يتبعُها ـ وقالَ الورثةُ : بلْ وَلَدْتِهِ قَبْلَ التدبيرِ . . فالقولُ قولُ الورثةِ معَ أَيمانِهم ؛ لأَنَّ الأَصلَ في الولدِ الرِّقُّ .

وإِنْ ماتَ السيِّدُ وفي يدِها مالٌ ، فقالتْ : كسبتُهُ بعدَ موتِ السيِّدِ فهوَ لي ، وقالَ الورثةُ : بلْ كسبتِهِ قَبْلَ موتهِ فهوَ لَنا ، ولا بيِّنةَ . . فالقولُ قولُ المدبَّرةِ معَ يمينِها ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ مِلكِ الورثةِ علىٰ المالِ .

فإنْ أقامَ الورثةُ بيِّنةً علىٰ المالِ أنَّها كسبتْهُ قَبْلَ موتِ السيِّدِ ، وأقامتِ الجاريةُ بيِّنةً أنَّها كسبتْهُ بعدَ موتهِ . . قُدِّمتْ بيِّنةُ الجاريةِ ؛ لأنَّ يدَها عليهِ .

وإنْ أقامَ الورثةُ البيِّنةَ أنَّ المالَ كانَ في يدِها في حياةِ السيِّدِ ، فقالتِ الجاريةُ : لَم يكنْ لي وإنَّما أفدتُهُ بعدَ موتِ السيِّدِ . . فالقولُ قولُها معَ يمينِها[1] ؛ لأنَّ البيِّنةَ إنَّما شَهدتْ لَها باليدِ وقدْ يكونُ في يدِها لغيرِها .

مسألةٌ : [تعليق العتق علىٰ صفة كالتدبير] :

ويجوزُ تعليقُ العتقِ علىٰ صفةٍ ، مثلُ أنْ يقولَ : إنْ دخلتَ الدارَ فأنتَ حرٌّ ، أو إنْ كلَّمتَ فلاناً فأنتَ حرٌّ ؛ لأنَّه تعليقُ عتقٍ علىٰ صفةٍ ، فهوَ كالتدبيرِ .

فإنْ علَّقَ العتقَ علىٰ صفةٍ في مرضِ موتهِ فوُجِدتِ الصفةُ قَبْلَ موتهِ أو قالَ في صحَّتهِ : أنتَ حرٌّ في مرضِ موتي . . عتقَ مِنَ الثُّلثِ ؛ لأنَّه قصدَ إلىٰ الإضرارِ بالورثةِ ، فكانَ مِنَ الثُّلثِ كالمدبَّرِ .

وإنْ علَّقَ العتقَ علىٰ صفةٍ في الصحَّةِ فوُجِدتِ الصفةُ في الصحَّةِ . . عتقَ مِنْ رأسِ المالِ ؛ لأنَّه لَم يقصدِ الإضرارَ بالورثةِ .

وإنْ علَّقَ العتقَ علىٰ صفةٍ في الصحَّةِ يجوزُ أنْ توجدَ في الصحَّة ، ويجوزُ أنْ توجدَ في المرضِ ، فوجدتْ في مرضِ الموتِ . . فنقلَ البغداديُّونَ مِنْ أصحابِنا أنَّه يعتقُ مِنْ رأسِ المالِ ؛ لأنَّه لَم يقصدْ إلىٰ إعتاقهِ في مرضِ الموتِ ، فلَم توجَدْ منهُ تهمةٌ في حقِّ الورثةِ .

ونقلَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] في ذٰلكَ قولينِ :

أحدُهما : هٰذا .

والثاني : أنَّه يعتقُ مِنْ ثُلثِ التركةِ . وبهِ قالَ أبو حنيفةَ رحمهُ اللهُ ، وليسَ بمشهورٍ .

وإنْ قالَ لعبدِهِ : أنتَ حرٌّ في آخرِ جُزءٍ مِنْ أجزاءِ صحَّتي المتَّصلِ بمرضِ موتي . .

---

(١) في حاشية نسخة : (ولو لم تقم الجارية بينة بذٰلك) .

فقدْ قالَ بعضُ أَصحابِنا المتأَخِّرينَ : إِنَّه يعتقُ مِنْ رأْسِ المالِ ؛ لأَنَّ العتقَ تقدَّمَ علىٰ مرضِ الموتِ .

والذي يقتضي المذهبُ عندي : أَنَّه يعتقُ مِنْ ثلثِ التركةِ ؛ لأَنَّ هٰذهِ صفةٌ لا توجدُ إِلاَّ بمرضِ الموتِ ، فهوَ كما لَو قالَ : إِذا مرضتُ فأَنتَ حرٌّ .

فرعٌ : [علَّق عتقها علىٰ صفة ثم حملت وولدت] :

وإِنْ علَّقَ عتقَ أَمةٍ علىٰ صفةٍ ، مثلَ أَنْ يقولَ : إِنْ دخلتِ الدارَ فأَنتِ حرَّةٌ ، ثمَّ حَمَلتْ بولدٍ ووَلدتْهُ قَبْلَ وُجودِ الصفةِ . . فهلْ يتبعُها الولدُ إِذا وُجِدتِ الصفةُ في العتقِ ؟

فيهِ قولانِ ، كما قُلنا في المدبَّرةِ . ولسنا نريدُ : أَنَّه تنعقدُ لِلولدِ تلكَ الصفةُ حتّىٰ إِذا دخلَ الدارَ عتقَ ، وإِنَّما نريدُ بهِ : أَنَّه يتبعُها في حكمِ الصفةِ ، وهوَ أَنَّ الأُمَّ إِذا دخلتِ الدارَ . . عتقتْ وعتقَ الولدُ معَها .

فإِنْ ماتَ السيِّدُ أَو ماتتْ قَبْلَ وجودِ الصفةِ . . بطلتِ الصفةُ في الأُمِّ ، وبطلَ حكمُها في الولد ؛ لأَنَّ الصفةَ إِذا بطلتْ . . بطلَ حكمُها ، بخلافِ ولدِ المدبَّرةِ ، فإِنَّ الأَمةَ إِذا ماتتْ في حياةِ السيِّدِ . . لَم يبطلْ ذٰلكَ في الولدِ ؛ لأَنَّه يتبعُها في التدبيرِ .

فرعٌ : [علَّق العتق إلى ما بعد موته بعشر سنين] :

فإِنْ قالَ لأَمتهِ : أَنتِ حرَّةٌ بعدَ موتي بعشرِ سنينَ ، فأَتتْ بولدٍ بعدَ موتِ السيِّدِ وقَبْلَ انقضاءِ العشرِ . . قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (يتبعُها الولدُ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ كالذي يأْتي بهِ بعدَ عقدِ الصفةِ وقَبْلَ موتِ السيِّدِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : يتبعُها هاهُنا قولاً واحداً ؛ لأَنَّ سببَ عتقِها قَبْلَ موتِ السيِّدِ غيرُ مستقرٍّ ؛ لأَنَّ لِلسيِّدِ إِبطالَهُ بإِزالةِ مِلكِهِ عنها ، وبعدَ موتِ السيِّدِ سببُ عتقِها مستقرٌّ ؛ لأَنَّه لا سبيلَ لأَحدٍ إِلىٰ إِبطالهِ ، فهيَ بمنزلةِ أُمِّ الولدِ ، فيتبعُها ولدُها قولاً واحداً .

قالَ المحامليُّ : ويجيءُ علىٰ قولِ هٰذا القائلِ أَنَّ الولدَ هاهُنا يعتقُ مِنْ رأْسِ المالِ ، كما يعتقُ ولدُ أُمِّ الولدِ مِنْ رأْسِ المالِ .

فرعٌ : [تعليق العتق يمنع الفسخ] :

إذا علَّقَ عتقَ عبدِهِ علىٰ صفةٍ . . لَم يملِكْ فسخَهُ بالقولِ ؛ لأنَّ ذٰلك ليسَ بوصيَّةٍ فلا يملكُ رفعَهُ بالفسخِ .

فإنْ باعَهُ أَو وهبَهُ . . صحَّ ؛ لأنَّه مِلكُهُ . فإنْ رجعَ إليهِ ملكُهُ . . فهلْ يعودُ حكمُ الصفةِ ؟ فيهِ قولانِ بناءً علىٰ القولينِ فيمَنْ علَّقَ طلاقَ امرأتِهِ علىٰ صفةٍ ، فبانتْ منهُ ، ثمَّ تزوَّجَها .

وإنْ دبَّرَ عبدَهُ فباعَهُ ، ثمَّ رجعَ إليهِ ، فإنْ قُلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ . . لَم يعدِ التدبيرُ . وإنْ قُلنا : إنَّه عتقٌ بصفةٍ . . فهلْ تعودُ الصفةُ ؟ علىٰ القولينِ .

فرعٌ : [دبر عبدين يزيدان عن الثلث فيقرع بينهما] :

وإنْ قالَ لعبدينِ لَه أَنتما حرّانِ بعدَ موتي ولَم يحتملِ الثُّلثُ إلاَّ أَحدَهما . . أُقرِعَ بينهُما .

وإنْ دبَّرَ أَحدَهما بعدَ الآخَرِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما ابنُ اللَّبّانِ[1] :

أَحدُهما : يقرعُ بينهُما ؛ لأنَّ عتقَهُما وَقعَ في حالةٍ واحدةٍ .

والثاني : يقسَّمُ الثُّلثُ بينَهُما ؛ لأنَّه علمَ أنَّه أَرادَ أَنْ يوقعَ لكلِّ واحدٍ منهُما حرِّيَّةً لا محالةَ .

ولَو قالَ لجاريةٍ لَه في صحَّتهِ لا مالَ لَه غيرُها : هٰذهِ أُمُّ وَلدي أَو مدبَّرتي أَو حرَّةٌ ، وماتَ قَبلَ أَنْ يبيِّنَ . . عتقَ ثُلثُها ؛ لأنَّه اليقينُ .

وإنْ قالَ لعبدينِ لَه : أَنتما حرّانِ أَو مدبَّرانِ ، ثمَّ ماتَ قَبْلَ أَنْ يبيِّنَ . . كانا مدبَّرَينِ .

وباللهِ التوفيقُ

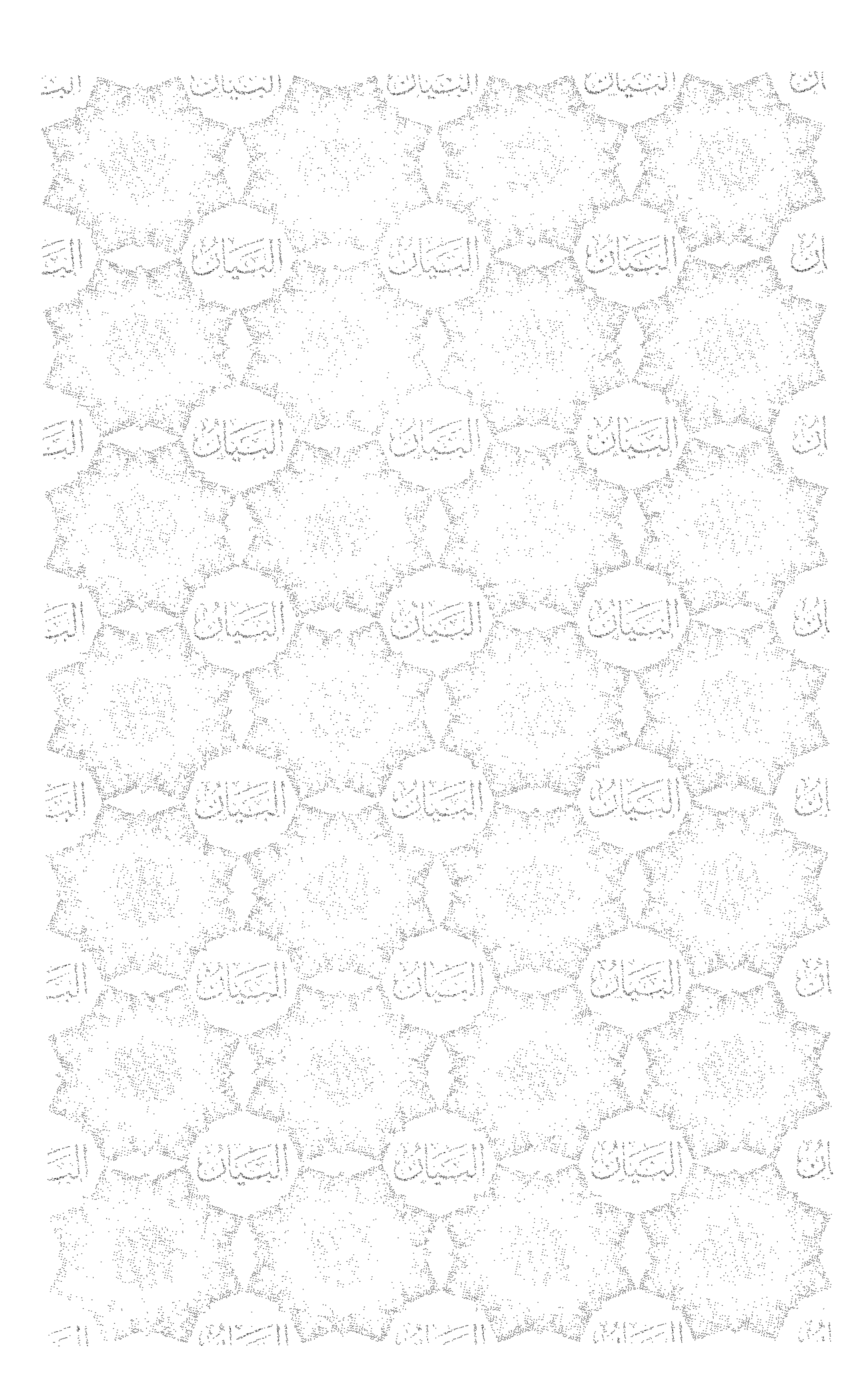
* * *

---

(١) في حاشية نسخة : (عن ابن سريج) .



كتاب المكاتب



كتاب المكاتب(١)

الكِتَابةُ هيَ : العتقُ علىٰ مالٍ يؤدِّيهِ المكاتبُ في نجمينِ أَو نجومٍ .

قالَ ابنُ الصبّاغِ : وأَصلُها مشتقٌّ مِنَ الكَتْبِ ، و(الكَتْبُ) هوَ : الضمُّ والجمعُ ، يقالُ : كَتبتُ القِربةَ : إذا ضمَمْتَ رأسَها(٢) .

وسمِّيتِ الكتيبةُ بذٰلكَ ؛ لانضمامِ بعضِ الجيشِ إِلىٰ بعضٍ . وسمِّيَ الخطُّ كتابةً ؛ لضمِّ بعضِ الحروفِ إِلىٰ بعضٍ .

وسمِّيَ هٰذا العقدُ كتابةً ؛ لضمِّ بعضِ النجومِ إِلىٰ بعضٍ . و(النجومُ) هيَ : الأَوقاتُ التي يَحِلُّ بها مالُ الكتابةِ . وإِنَّما سمِّيتْ نجوماً ؛ لأَنَّ العربَ كانتْ لا تعرفُ الحسابَ ، وإِنَّما تعرفُ الأَوقاتِ بطلوعِ النجومِ(٣) ، فسمِّيتِ الأَوقاتُ نجوماً .

والأَصلُ في جوازِ الكتابةِ : قولُه تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗا ﴾ [النور : ٣٣] .

ومِنَ السنَّةِ : ما روىٰ سهلُ بنُ حنيفٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَعَانَ غَارِماً أَوْ

---

(١) المكاتب : هو من يجمع المال ويضم بعضه إلىٰ بعض . والكتابة ـ بكسر الكاف وقيل : بفتحها كالعَتاقة ـ لغة : الضم والجمع ، لأن فيها ضم نجم إلى نجم ، وهي إعتاق السيد عبده علىٰ مال في ذمته يؤدَّىٰ مؤجلاً . وشرعاً : هي عقد بلفظ الكتابة علىٰ عوض معلوم منجم بنجمين فأكثر .
وهي مستحبة إذا سألها العبد وكان مأموناً مكتسباً . وهي معدولة عن القياس ؛ لأنها بيع ماله أداءً ، وهي خارجة عن قواعد المعاملات لدورانها بين السيد ورقيقه . وأركانها أربعة : سيد ، ومكاتب ، وعوض ، وصيغة .

(٢) أي بضم جانبيها بالخرز والخيط . والكتْب : موضع الخرز جمعها كتُب . قال ذو الرمة :
مشلشـــلٌ ضيَّعَتْـــهُ بينهـــا الكتـــب

(٣) وهي ثمانية وعشرون نجماً منازل القمر .

غَازِيَاً أَوْ مُكَاتَبَاً فِيْ كِتَابَتِهِ . . أَظَلَّهُ ٱللهُ يَوْمَ لا ظِلَّ إِلاَّ ظِلُّهُ »[١] .

وقالَ ﷺ : « ٱلْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ مِنَ ٱلْكِتَابَةِ »[٢] .

ورَوَتْ أُمُّ سلمةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « إِذَا كَانَ لإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّيْ . . فَلْتَحْتَجِبْ عَنْهُ »[٣] .

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (إِنَّما أَمرَهنَّ بالاحتجابِ عنهُ قَبْلَ الأَداءِ تعظيماً لشأنِهنَّ ، كما أَمرَهنَّ اللهُ أَنْ يحتجبنَ ممَّنْ جعلَهُنَّ أُمَّهاتٍ لَهم وحرَّمَهُنَّ عليهِم ، وهُم جماعةُ المسلمينَ . ويحتملُ أَنْ يكونَ أَمرَهنَّ بذٰلكَ لقُربِ عِتقِهم بالأَداءِ ، كما ٱستُحِبَّ الاحتجابُ مِنَ المراهقِ لقربِ بلوغهِ) .

وأَجمعتِ الأمَّةُ علىٰ جوازِ الكتابةِ[٤] .

---

(١) أخرجه عن سهل بن حنيف أحمد في « المسند » (٣/ ٤٨٧) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٨٩ و٩٠ و ٢١٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٢٠) في المكاتب . قال الحاكم : صحيح ولم يخرجاه ، ولم يوافقه الذهبي لأن فيه عمرو بن ثابت متروك .

(٢) أخرجه من طرق عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أبو داود (٣٩٢٦) وبنحوه (٣٩٢٧) في العتق ، والترمذي (١٢٦٠) في البيوع ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٠٢٦) و (٥٠٢٧) ، وابن ماجه (٢٥١٩) في العتق ، والطبراني في « مسند الشاميين » (٢٤٣١) ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ١٢١) ، والحاكم في « المستدرك »(٢/ ٢١٨) ، والبيهقي بلفظه في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٢٣ ـ ٣٢٤) في المكاتب وفيه : « من كاتب عبده علىٰ مئة » و : « أيما عبد كاتب علىٰ مئة » و : « أيما عبد كُوتِب علىٰ . . . » .

قال الترمذي : هٰذا حديث حسن غريب ، والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم . وصححه الحاكم ، وفي طريق الطبراني ضعيف ، والله أعلم .

(٣) أخرجه عن أم سلمة أم المؤمنين رضي الله عنها أحمد في « المسند » (٦/ ٢٨٩) ، والحميدي في « المسند » (٢٨٩) ، وأبو داود (٣٩٢٨) في العتق ، والترمذي (١٢٦١) في البيوع ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٠٢٨) وما بعده ، وابن ماجه (٢٥٢٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(١٠/ ٣٢٧) في المكاتب . قال الترمذي : حسن صحيح ، ومعنىٰ هٰذا الحديث عند أهل العلم علىٰ التورع ، وقالوا : لا يعتق المكاتب وإن كان عنده ما يؤدي حتىٰ يؤدي . وفيه : « إذا كان عند مكاتب إحداكن . . . . » .

(٤) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥٧٩) : وأجمعوا أن الرجل إذا كاتب عبده علىٰ ما يجوز مما له عدد أو وزن أو كيل معلوم علىٰ نجوم معروفة من شهور العرب أن ذٰلك جائز .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنَّ الكتابةَ لا تصحُّ إلاَّ مِنْ جائزِ التصرُّفِ في المالِ . فإنْ كاتَبَ صبيٌّ أَو مجنونٌ عبدَهُ . . لَم تصحَّ الكتابةُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ وأَحمدُ : (تصحُّ كتابةُ الصبيِّ المميِّزِ لعبدِهِ) .

دليلُنا : قولُه ﷺ : « رُفِعَ ٱلْقَلَمُ عَنْ ثَلاثَةٍ : عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ، وَعَنِ ٱلنَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ ٱلْمَجْنُوْنِ حَتَّىٰ يُفِيْقَ » .

ولأَنَّه غيرُ مكلَّفٍ ، فلَم تصحَّ كتابتُهُ ، كالمجنونِ .

وإنْ كاتَبَ رجلٌ عبدَهُ الصغيرَ أَوِ المجنونَ . . لَم تصحَّ الكتابةُ ؛ لأَنَّها معاوَضَةٌ ، فلَم تصحَّ معَ الصبيِّ والمجنونِ ، كالبيعِ .

مسأَلةٌ : [يشترط في المكاتب الاكتساب والأمانة] :

قالَ الشافعيُّ : (وأَظهرُ معاني الخيرِ في العبدِ بدلالةِ الكتابِ : الاكتسابُ والأَمانةُ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ العلماءَ ٱختلفوا في الخيرِ المرادِ بقولِهِ تعالىٰ : ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور : ٣٣] .

فذهبَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ إلىٰ أَنَّ المرادَ بالخير هاهُنا هوَ : الاكتسابُ والأَمانةُ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، وعَمرو بنُ دينارٍ .

وحُكيَ عنِ ٱبنِ عبّاسٍ[1] ، وٱبنِ عُمرَ ، وعطاءٍ ، ومجاهدٍ[2] : (أَنَّ الخيرَ هاهُنا هوَ الاكتسابُ لا غيرَ) .

وحكيَ عنِ الحَسنِ البصريِّ[3] ، والثوريِّ : أَنَّهما قالا : هوَ الأَمانةُ والدِّينُ خاصَّةً .

---

(١) أخرج خبر ابن عباس بألفاظ متقاربة عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٧٧٠) ، وابن حزم في « المحلىٰ » (٩/ ٢٢٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣١٧ و ٣١٨) في المكاتب .

(٢) أخرج أثر مجاهد عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٥٧١) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ٣٤٠) في البيوع .

(٣) أخرجه عن الحسن البصري عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٥٧٤) ، وابن أبي شيبة في =

دليلُنا : أَنَّ اللهَ تعالىٰ ذَكرَ الخيرَ في مواضعَ مِنْ كتابهِ وأَرادَ بهِ المالَ ، وهوَ قولُه تعالىٰ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ ﴾ [البقرة : ١٨٠] وأَرادَ بهِ : إِنْ تركَ مالاً .

وكذٰلكَ قولُه تعالىٰ : ﴿ وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾ [العاديات : ٨] وأَرادَ بهِ : المالَ .

وذكرَ في مواضعَ أُخرَ الخيرَ وأَرادَ بهِ الدِّينَ ، وهوَ قولُه تعالىٰ : ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ﴾ [الزلزلة : ٧] يعني : عملاً صالحاً .

فإِذا كانَ الخيرُ يقعُ عليهما . . حملناهُ هاهُنا عليهِما ؛ لأَنَّ المقصودَ بالكتابةِ لا يحصلُ إِلاَّ بٱجتماعِهِما .

فإِذا ٱجتمعَ في العبدِ الكسبُ والأَمانةُ ، وسأَلَ سيِّدَهُ أَنْ يكاتبَهُ . . ٱستُحِبَّ لَه أَنْ يكاتبَهُ ؛ للآيةِ ، ولا يجبُ عليهِ ذٰلكَ . **وبهِ قالَ كافَّةُ العلماءِ** .

وحكيَ عَنْ عَمرِو بنِ دينارٍ ، وعطاءٍ ، والضَّحّاكِ ، وداودَ : أَنَّهم قالوا : (يجبُ عليهِ ذٰلكَ) .

دليلُنا : أَنَّه عتقٌ لَم يتقدَّمْ وجوبُهُ ، فلا يجبُ بطلبِ العبدِ ، كالعتقِ في غيرِ الكتابةِ .

وإِنْ طلبَ السيِّدُ أَنْ يكاتِبَ العبدَ فَكرِهَ العبدُ . . لَم يُجبرِ العبدُ علىٰ الكتابةِ ؛ لأَنَّه عتقٌ علىٰ مالٍ ، فلَم يُجبرِ العبدُ عليهِ ، كما لَو قالَ لَه : إِنْ أَدَّيتَ إِليَّ أَلفاً فأَنتَ حرٌّ . . فإِنَّه لا يُجبرُ علىٰ أَدائهِ .

وإِنْ عُدمَ الكسبُ والأَمانةُ في العبدِ . . لَم تُستحبَّ كتابتُهُ ؛ لأَنَّه لا يحصلُ المقصودُ بالكتابةِ معَ فقدِهما ، ولا تُكرهُ كتابتُهُ .

وقالَ أَحمدُ وإِسحاقُ : (تكرهُ كتابتُهُ إِذا لَم يكنْ لَه كسبٌ ، كما تكرهُ مخارَجةُ الأَمَةِ التي لا كسبَ لَها) .

دليلُنا : أَنَّه تعليقُ عتقٍ بصفةٍ ، فلا يكرهُ ، كما لَو كانَ لَه كسبٌ . ويخالفُ الأَمةَ ، فإِنَّ ذٰلكَ ربَّما دَعاها إِلىٰ الزنا ، ولأَنَّ المخارَجةَ ليسَ فيها تحصيلُ العتقِ ، وهاهُنا ربَّما

= « المصنف » (٥/ ٣٤٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣١٨) في المكاتب .

حصلَ لَه مالُ الكتابةِ ممّا يخصُّهُ مِنَ الزكاةِ ، فٱفترقا .

وإِنْ كانتْ لَه أَمانةٌ بِلا كسبٍ. . فهلْ تُستحَبُّ كتابتُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تُستحَبُّ ؛ لأَنَّهُ ربَّما حصلَ مالُ الكتابةِ مِنَ الصدقاتِ .

والثاني : لا تُستحَبُّ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ اللهَ تعالىٰ قالَ : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور : ٣٣] وقدْ دلَّلنا علىٰ أَنَّ الخيرَ هاهُنا : هوَ الكسبُ والأَمانةُ ، وقدْ فُقِدَ أَحدُهما .

فعلىٰ هٰذا أَيضاً : لا تكرهُ كتابتُهُ .

فرعٌ : [لا يكاتب من لا يكتسب] :

ولا يجوزُ أَنْ يُكاتِبَ عبداً أَجيراً ؛ لأَنَّه لا يُمكنهُ الاكتسابُ . ولا تصحُّ كتابةُ العبدِ الموقوفِ ؛ لأَنَّه لا يَعتقُ بالمباشرةِ ، فلا يَعتقُ بالمكاتبةِ .

ولا تصحُّ كتابةُ العبدِ المرهونِ ؛ لأَنَّه معرَّضٌ للبيعِ في الرهنِ . وتصحُّ كتابةُ العبدِ المُعارِ ؛ لأَنَّه في مِلكِ المُعيرِ .

وتصحُّ كتابةُ المدبَّرِ كما يجوزُ[1] عَتقهُ ، فإِنْ أَدّىٰ المالَ قَبْلَ موتِ السيِّدِ. . عتقَ بالكتابةِ . وإِنْ ماتَ السيِّدُ قَبْلَ الأَداءِ وخرجَ مِنَ الثُّلثِ. . عتقَ بالتدبيرِ ، وإِنْ لَم يخرجْ مِنَ الثُّلثِ. . عتقَ منهُ ما ٱحتملَهُ الثُّلثُ وبقيَ الباقي علىٰ الكتابةِ .

وتصحُّ كتابةُ أُمِّ الولدِ كما يصحُّ عتقُها ، فإِنْ أَدَّتِ المالَ قَبْلَ موتِ السيِّدِ. . عتقتْ بالكتابةِ ، وإِنْ ماتَ السيِّدُ قَبْلَ الأَداءِ. . عَتقتْ بالاستيلادِ .

مسأَلَةٌ : [ٱشتراط قول السيد إن أديت فأنت حر] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولا يعتقُ حتَّىٰ يقولَ في الكتابةِ : فإِذا أَدَّيتَ فأَنتَ حرٌّ ، أَو يقولَ بعدَ ذٰلكَ : إِنَّ قولي : كاتبتكَ كانَ معقوداً علىٰ أَنَّكَ إِذا أَدَّيتَ ، فأَنتَ حرٌّ) .

---

(١) في (م) : (يصح) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ الكتابةَ تشتملُ علىٰ معاوَضةٍ وصفةٍ ، (فالمعاوضةُ) قولُه : كاتبتُكَ علىٰ كذا . و(الصفةُ) قولُهُ : فإِذا أَدَّيتَ فأَنتَ حرٌّ .

فإِذا قالَ ذٰلكَ ، أَو قالَ : كاتبتُكَ علىٰ كذا ، ونوىٰ بهِ العتقَ . . كانَ صريحاً .

وإِنْ قالَ : كاتبتُكَ علىٰ كذا ، ولَم يَقلْ : فإِذا أَدَّيتَ فأَنتَ حرٌّ ، ولا نوىٰ ذٰلكَ . . فقدْ نصَّ هاهُنا : (أَنّه لا يعتقُ) ، ونصَّ في المدبَّرِ : (أَنّه إِذا قالَ : دبَّرتُكَ ، ولَم يَقلْ : إِذا متُّ فأَنتَ حرٌّ ولا نواهُ . . أَنّه يصيرُ مدبَّراً) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِما علىٰ طريقينِ ، مضىٰ ذكرُهُما في التدبيرِ .

مسأَلةٌ : [مكاتبة أحد الشريكين] :

إِذا كانَ عبدٌ بينَ شريكينِ ، فكاتبَهُ أَحدُهما في نصيبهِ منه بغيرِ إِذنِ شريكهِ . . لَم تصحَّ الكتابة .

وقالَ الحكمُ ، وٱبنُ أَبي ليلىٰ ، والعنبريُّ ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، وأَحمدُ : (يصحُّ)

دليلُنا : أَنَّ الكتابةَ تقتضي إِطلاقَهُ في الكسبِ والسفرِ لأَجلِ الكسبِ ، ومِلكُ نصفهِ يمنعُ عَنْ ذٰلكَ ، ويمنعُ عَنْ أَنْ يأخذَ شيئاً مِنَ الزكاةِ ؛ لأَنَّ جميعَ ما يكتسبُهُ يكونُ لسيِّدهِ نصفُه فلا يدفعُ إِلىٰ سيِّدهِ الزكاةَ ، ولأَنَّه يُضرُّ شريكَهُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ قيمةَ نصيبهِ تنقصُ ، فلَم يصحَّ .

وإِنْ كاتبَهُ بإِذنِ شريكهِ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ . وهوَ ٱختيارُ المُزنيِّ ؛ لما ذكرناهُ فيهِ إِذا كاتبَهُ بغيرِ إِذنِ شريكهِ .

والثاني : يصحُّ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ إِلاّ أَنّه قالَ : (إِذنُه في ذٰلكَ يقتضي أَنْ يؤَدِّيَ العبدُ مالَ الكتابةِ مِنْ جميعِ كسبهِ ، ولا يرجعُ الآذنُ بشيءٍ) ، **وعندنا** يؤَدِّي مالَ الكتابةِ ممّا يخصُّ نصيبَ سيِّدهِ الذي كاتبَهُ مِنْ كسبهِ ؛ لأَنَّ المنعَ مِنْ كتابتهِ لِحقِّ شريكهِ ، وقد زالَ ذٰلكَ بإِذنهِ .

وقالَ أَبو يوسفَ ومحمَّدٌ : إِذا أَذِنَ لَه . . صارَ جميعُهُ مكاتباً .

دليلُنا : أَنَّ الكتابةَ عقدُ معاوَضةٍ ، فلا تسري ، كسائرِ العقودِ .

فرعٌ : [مكاتبة من بعضه حرٌّ] :

وإِنْ كانَ يَملكُ بعضَ عبدٍ ، وباقيهِ حرٌّ ، فكاتبَهُ علىٰ ما فيهِ مِنَ الرقِّ . . صحَّ ؛ لأَنَّه عقدَ الكتابةَ علىٰ جميعِ ما فيهِ مِنَ الرقِّ ، فهوَ كما لَو كاتبَهُ علىٰ جميعهِ وهوَ رقيقٌ ، ولأَنَّ حرِّيَّةَ باقيهِ لا تمنعُ شيئاً مِنْ مقصودِ الكتابةِ ، فلَم تمنعْ صحَّتَها .

وإِنْ كانَ العبدُ لَه فكاتبَهُ علىٰ بعضهِ . . فنصَّ **الشافعيُّ** رحمهُ اللهُ : (أَنَّه لا يصحُّ) .

فمنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : إِذا قُلنا : إِنَّه يصحُّ أَنْ يكاتِبَ نصيبَهُ في العبدِ المشترَكِ بإِذنِ شريكهِ . . صحَّ هاهُنا أَيضاً ؛ لأَنَّ اتِّفاقَهُما علىٰ كتابةِ بعضِهِ كاتِّفاقِ الشريكينِ .

وقالَ أَكثرُ أَصحابِنا : لا يصحُّ هاهُنا قولاً واحداً ؛ لأَنَّه إِذا كاتبَهُ علىٰ نصفهِ . . لَم يعتقْ حتّىٰ يؤَدِّيَ ضعفَ مالِ الكتابةِ ؛ لأَنَّه يحتاجُ أَنْ يؤَدِّيَ إِليهِ النصفَ بحكمِ النصفِ الرقيقِ ، ولأَنَّه إِذا أَدَّىٰ مالَ الكتابةِ . . عتقَ جميعُهُ ؛ لأَنَّ العتقَ يَسري في المِلكِ ولا يتبعَّضُ ، فيؤَدِّي كتابةَ نصفهِ ويعتقُ جميعُهُ ، وذٰلكَ خلافُ مقتضىٰ العقدِ ، فلَم يصحَّ العقدُ .

فرعٌ : [وصَّىٰ بمكاتبة عبده] :

وإِنْ أَوصىٰ بكتابةِ عبدِهِ . . صحَّتِ الوصيَّةُ ؛ لأَنَّ الكتابةَ عقدٌ يتعلَّقُ بها حقُّ اللهِ تعالىٰ وحقُّ الآدميِّ . وتعتبرُ قيمةُ العبدِ مِنَ الثُّلثِ . فإِنْ كانَ قدْ قدَّرَ المالَ الذي يكاتبُ عليهِ . . كُوتِبَ عليهِ ، سواءٌ كانَ أَقلَّ مِنْ قيمتهِ أَو أَكثرَ . وإِنْ لَم يقدِّرْ ذٰلكَ . . كوتبَ علىٰ ما جرىٰ العُرفُ بكتابةِ مِثلهِ ؛ لأَنَّ العُرفَ أَنَّ العبدَ يكاتَبُ علىٰ أَكثرَ مِنْ قيمتهِ . فإِنْ لَم يَختَرِ العبدُ ذٰلكَ . . لَم يُجبرْ عليهِ ، كما أَنَّه لا يُجبرُ علىٰ قَبولِ الوصيَّةِ ، فإِنْ طلبَ بعدَ ذٰلكَ . . لَم يُجبْ إِليها ؛ لأَنَّ الموصىٰ لَه إِذا ردَّ الوصيَّةَ . . سَقطتْ في حقِّهِ ويوفَّرُ الثُّلثُ علىٰ باقي أَهلِ الوَصايا .

وإنْ لَم يحتملِ الثُّلثُ جميعَ قيمةِ العبدِ. فنصَّ **الشافعيُّ** رحمهُ اللهُ : (أَنَّه يكاتبُ منهُ القَدْرُ الذي يحتملُهُ الثُّلثُ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ : فمنهُم مَنْ قالَ : في هٰذا قولانِ ، كما لَو كاتبَ نصيبَهُ مِنَ العبدِ المشترَكِ بإذنِ شريكهِ . فنصَّ هاهُنا علىٰ أَحدِهما .

وقالَ أكثرُهم : يصحُّ هاهُنا قولاً واحداً .

والفرقُ بينهُما : أَنَّا إِنَّما منعنا المكاتبةَ في بعضِ المشتركِ لما يَلحقُ الشريكَ مِنَ الضررِ ، وهاهُنا لا ضررَ علىٰ الورثةِ ؛ لأَنَّهم مَلَكوهُ وقد لزمتْهُم مكاتبتُهُ ، ولأَنَّ الكتابةَ في العبدِ المشترَكِ غيرُ مستحقَّةٍ ، والوصيَّةَ في الكتابةِ ٱستُحِقَّتْ ، فإذا تعذَّرتْ في جميعهِ. . بقيَ الاستحقاقُ في بعضهِ .

فإذا قُلنا بهٰذا : وأَوصىٰ أَنْ يكاتَبَ عبدُهُ علىٰ مئةٍ وقيمتُهُ مئةٌ ولا مالَ لَه غيرُه ، أَو كاتَبَهُ في مرضِ موتهِ علىٰ مئةٍ وقيمتُهُ مئةٌ ولا مالَ له غيرُه. . صحَّتِ الكتابةُ في ثُلثِهِ بحصَّتهِ مِنْ مالِ الكتابةِ .

وهلْ تزدادُ التركةُ إذا أَدَّىٰ المكاتَبُ مالَ الكتابةِ ؟ حكىٰ المحامليُّ في « التجريدِ » فيهِ قولينِ :

أَحدُهما ـ وهوَ المشهورُ ـ : أَنَّ التركةُ لا تزدادُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ التركةَ ما يُخلِّفها الميِّتُ ، ومالُ الكتابةِ حصلَ للورثةِ بعدَ موتِ السيِّدِ مِنْ مِلكهِم ، فهوَ كثمرةِ البستانِ ووَلدِ الجاريةِ بعدَ الموتِ .

والثاني ـ وهوَ ٱختيارُ المحامليِّ ـ : أَنَّ التركةَ تزدادُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ هٰذا المالَ إنما ٱستُفيدَ بعقدِ الكتابةِ ، وعقدُ الكتابةِ وَجبَ تنفيذُهُ بوصيَّةِ الميِّتِ ، فكانَ كالمالِ الذي ٱستُفيدَ بسببٍ مِنْ جهةِ الميِّتِ .

فإذا قُلنا بهٰذا : دخلَهُ الدَّورُ ، وهوَ : أَنَّه إذا كاتبَهُ علىٰ مئةٍ في مرضِ موتهِ وقيمتُهُ مئةٌ. . قِيلَ للمكاتبِ : إنْ عجَّلت مالَ الكتابةِ. . جازتِ الكتابةُ في نصفكَ بنجمينِ ، فحصلَ للورثةِ نصفُ الرقبةِ ونصفُ مالِ الكتابةِ ، وذٰلكَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ الكتابةُ .

وحسابُهُ : تجوزُ الكتابةُ في شيءٍ مِنَ الرقبةِ ، وتبطلُ في رقبةٍ إلاّ شيئاً ، ويؤدِّي

المكاتَبُ عمّا صحَّتْ فيهِ الكتابةُ شيئاً ؛ لأَنَّ مالَ الكتابةِ مثلُ قيمتِهِ ، فيحصلُ للورثةِ مِنَ الرقبةِ ومالِ الكتابةِ مئةُ درهمٍ وذٰلكَ يعدلُ شيئينِ ـ الشيءُ نصفُ المئةِ ـ وذٰلكَ الجائزُ بالكتابةِ .

وإِنْ لَم يُعجِّلِ مالَ الكتابةِ . . صحَّتِ الكتابةُ في الحالِ في ثُلثِهِ بثلثِ مالِ الكتابةِ ، ويُسلَّمُ إِلىٰ الورثةِ ثُلثاهُ ، فكلَّما أَدّىٰ شيئاً زادَ في الكتابةِ بقَدْرِ نصفِ ما أَدّىٰ حتّىٰ يؤدِّيَ نصفَ الكتابةِ فيستوفيَ وصيَّتَهُ .

وهلْ يردُّ الورثةُ ما أَخذوا مِنْ كسبِ سُدسهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

الصحيحُ : أَنَّهم يَردُّونَهُ .

وإِنْ كاتبَهُ علىٰ مئةٍ وخمسينَ ، فإِنْ قُلنا : لا تزدادُ التركةُ بأَداءِ مالِ الكتابةِ . . صحَّتِ الكتابةُ في ثُلثِهِ بخمسينَ .

وإِنْ قُلنا : تزدادُ التركةُ بأَداءِ مالِ الكتابةِ ، فإِنْ عجَّلَ المكاتَبُ ما عليهِ . . جازتِ الكتابةُ في شيءٍ منهُ بشيءٍ ونصفِ شيءٍ ، فيحصلُ للورثةِ مِنَ الرقبةِ والكتابةِ مئةُ درهمٍ ونصفُ شيءٍ ـ وذٰلكَ يعدلُ شيئينِ ـ فأَسقِطْ نصفَ الشيءِ الزائدِ علىٰ المئةِ ، وأَسقِطْ بإِزائهِ نصفَ شيءٍ مِنَ الشيئينِ المقابِلَينِ لَه . . فيبقىٰ مئةٌ تعدلُ شيئاً ونصفَ شيءٍ ، الشيءُ ثُلثا المئةِ ـ وذٰلكَ ثُلثا العبدِ ـ وهوَ الجائزُ في الكتابةِ بثُلثَي مالِ الكتابةِ ـ وهوَ مئةٌ ـ فيبقىٰ لِلورثةِ ثُلثُ الرقبةِ ، وقيمتُهُ ثلاثةٌ وثلاثونَ وثلثٌ ، ومِنْ مالِ الكتابةِ مئةٌ ، وذٰلكَ مِثلا ما صحَّتْ فيهِ الكتابةُ .

والصحيحُ : أَنَّ التركةَ لا تزدادُ بأَداءِ مالِ الكتابةِ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ قالَ في آخِرِ المسأَلةِ : (فإِذا أَدّىٰ . . عتقَ ثُلثُهُ ورقَّ ثُلثاهُ) فلوِ ٱزدادتِ التركةُ بذٰلكَ . . لكانَ العتقُ أَكثرَ مِنْ ثُلثِهِ .

مسأَلةٌ : [الكتابة علىٰ مال مؤجل بنجمين أو أكثر] :

ولا تصحُّ الكتابةُ إِلاّ بعِوَضٍ مؤَجَّلٍ ، وأَقلُّ تأجيلهِ نَجمانِ . وبهِ قالَ أَحمدُ .

وقالَ مالكٌ وأَبو حنيفةَ : (تصحُّ الكتابةُ بعوَضٍ حالٍّ) .

دليلُنا : ما رويَ عَنْ عثمانَ رضيَ اللهُ عنهُ : (أَنَّه غضبَ علىٰ عبدٍ لَه ، فقالَ :

لأُعاقبنَّكَ ولأُكاتبنَّكَ علىٰ نجمينِ)[١] فقصدَ التضييقَ عليهِ بذٰلكَ ، ولَو كانتِ الكتابةُ تصحُّ علىٰ أَقلَّ مِنْ ذٰلكَ. . لكاتبهُ عليهِ .

ورويَ عَنْ عليٍّ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّه قالَ : (الكتابةُ علىٰ نجمينِ ، والإِيتاءُ مِنَ الثاني)[٢] وهٰذا يقتضي أَقلَّ ما يجوزُ عليهِ الكتابةُ ؛ لأَنَّ الكتابةَ علىٰ أَكثرَ مِنْ نجمينِ معلومٌ بالإِجماعِ .

ورويَ : أَنَّ جماعةً مِنَ الصحابةِ رضيَ اللهُ عنهُم عقدوا الكتابةَ ، وما رويَ عَنْ أَحدٍ منهُم أَنَّه عقدَها حالَّةً ، فدلَّ علىٰ أَنَّ ذٰلكَ إِجماعٌ منهُم .

ولأَنَّه إِذا كاتبَهُ علىٰ عِوَضٍ حالٍّ ، توجَّهتِ المطالبةُ للسيِّدِ عليهِ بهِ وهوَ معسِرٌ بهِ ؛ لأَنَّه لا يَملكُ شيئاً ، فيفسخُ السيِّدُ الكتابةَ ، فيبطلُ المقصودُ بالكتابةِ .

قالَ أَبو العبَّاسِ : ولأَنَّ الكتابةَ مشتقَّةٌ مِنْ ضمِّ نجمٍ إِلىٰ نجمٍ ، وأَقلُّ ذٰلكَ نجمانِ . أَلا ترىٰ أَنَّ الكتابةَ بالخطِّ لا تكونُ الكلمةُ فيها أَقلَّ مِنْ حرفينِ .

إِذا ثبتَ هٰذا : فمِنْ شرطِ مالِ الكتابةِ أَنْ يكونَ معلوماً . ومِنْ شرطِ النجومِ أَنْ تكونَ معلومةً ، وما يؤَدَّىٰ مِنَ المالِ في كلِّ نجمٍ معلوماً ، كما نقولُ في المسلَّمِ فيهِ .

فرعٌ : [المكاتبة علىٰ عمل] :

ويجوزُ أَنْ يكاتبَهُ علىٰ العملِ في ذمَّتهِ ، كما يجوزُ أَنْ يستأجرَهُ علىٰ عملٍ في ذمَّتهِ . فإِنْ كاتبَهُ علىٰ عملينِ في ذمَّتهِ. . صحَّ ، كما يجوزُ أَنْ يستأْجرَهُ علىٰ ذٰلكَ .

---

(١) وكذا أورد خبر عثمان ابن قدامة في « المغني » (٩/ ٤١٨) في المكاتب . وأخرجه مطوّلاً من طريق مسلم بن أبي مريم عن رجل قال : كنت مملوكاً لعثمان البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٢٠ ـ ٣٢١) في المكاتب ، وكذا نقله عنه المتقي الهندي في « كنز العمال » (٢٩٧٧١) ، وذكره في « تلخيص الحبير » (٤/ ٢٣٨) في الكتابة .

(٢) أورده عن أبي تراب علي الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/ ٢٣٩) بلفظه ثم قال : قال ابن أبي شيبة : [وهو في « المصنف » (٥/ ١٦٥) باب : من رد المكاتب إذا عجز ، ولفظه :] (إذا تتابع علىٰ المكاتب نجمان ، فدخل في السنة فلم يؤدِّ نجومه. . رُدَّ إِلىٰ الرق) . ونحوه ما رواه ابن حزم في « المحلىٰ » (٩/ ٢٤١) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٤٢) بلفظ : (إذا عجز المكاتب. . استسعىٰ حولين ، فإن أدّىٰ ، وإلا ردَّ في الرق) .

فرعٌ : [المكاتبة علىٰ خدمة شهر ومالٍ بعده] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولا بأسَ أَنْ يكاتبَهُ علىٰ خدمةِ شهرٍ ودينارٍ بعدَ ٱنقضاءِ الشهرِ) .

وهٰذا ينظرُ فيهِ : فإنْ كاتبَهُ علىٰ خدمةِ شهرٍ ودينارٍ بعدَ ٱنقضاءِ الشهرِ بيومٍ أَو يومينِ . . صحَّ ، ومِنْ شرطِ الشهرِ أَنْ يكونَ متَّصلاً بالعقدِ ، كما قُلنا في الإجارةِ .

فإنْ قيلَ : فالعِوَضُ في الكتابةِ لا يكونُ حالاً . . فكيفَ جازَ هاهُنا أَنْ يكونَ الشهرُ متَّصلاً بالعقدِ ؟

قُلنا : إنَّما لَم يَجزْ في العِوَضِ أَنْ يكونَ حالاً ؛ لأَنَّه يتحقَّقُ عَجزُهُ عنهُ ، وأَمَّا الخدمةُ : فهوَ قادرٌ عليها ، فلهٰذا جازتِ الكتابةُ عليها حالَّةً .

وإنْ كاتبَهُ علىٰ خدمةِ شهرٍ ودينارٍ بعدَ ٱنقضاءِ الشهرِ مِنْ غيرِ فصلٍ بينهُما . . فهلْ يصحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

قالَ أَبو إِسحاقَ : لا يصحُّ ؛ لأَنَّه يكونُ كتابةً علىٰ نجمٍ واحدٍ ، فلَم تصحَّ .

وقالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : يصحُّ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّ الكتابةَ إنَّما لَم تصحَّ علىٰ نجمٍ واحدٍ ؛ لأَنَّه لا يقْدرُ علىٰ تحصيلهِ ، وهاهُنا يقْدرُ علىٰ خدمةِ شهرٍ ودينارٍ بعدَهُ ، فصحَّتِ الكتابةُ .

وهٰكذا : لَو كاتبَهُ علىٰ خدمةِ شهرٍ ودينارٍ في أَثناءِ الشهرِ . . صحَّ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ قالَ في « الأُمِّ » [٧/٣٧٤] : (إذا شَرطَ الدينارَ بعدَ الشهرِ أَو معَهُ . . كانَ جائِزاً ، وإنْ كاتبَهُ علىٰ دينارٍ وخدمةِ شهرٍ بعدَ الدينارِ . . لَم يصحَّ) .

وقالَ أَصحابُ أَحمدَ : يصحُّ .

دليلُنا : أَنَّ مِنْ شَرطِ الشهرِ أَنْ يكونَ متَّصلاً بالعقدِ ، ومِنْ شَرطِ العِوَضِ أَنْ يكونَ متراخياً عَنِ العقدِ بالأَجَلِ ، فإذا شَرطَ حلولَ الدينارِ وتأْجيلَ الشهرِ . . لَم يصحَّ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وإطلاقُ الخدمةِ يكفي ؛ لأَنَّها معلومةٌ بالعُرفِ ، ويلزمُهُ خدمةُ مِثلهِ .

ولَو قالَ : علىٰ منفعةِ شهرٍ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّها تختلفُ .

وإِنْ كاتبَهُ علىٰ خدمةِ شهرينِ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّه نجمٌ واحدٌ .

فرعٌ : [كاتبه علىٰ دينار بعد شهر ودينارين بعد شهرين] :

وإِنْ كاتبَهُ علىٰ دينارٍ إِلىٰ شهرٍ ، وديناريْنِ إِلىٰ شهرينِ ، علىٰ أَنَّه إِذا أَدَّىٰ الدينارَ الأَوَّلَ ، عتقَ ، وإِذا أَدَّىٰ الدينارينِ ، فهوَ حرٌّ . . فحكىٰ أَبو العبَّاسِ فيها قولينِ :

فـ [**أَحدُهما**] : منْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : هٰذا عقدٌ جمعَ بينَ شيئينِ مختلفي الأَحكامِ ؛ لأَنَّها صفقةٌ جَمعتْ كتابةً وعتقاً بصفةٍ ، فكانَ فيها قولانِ ، كما لَو جمعَ بينَ الكتابةِ والبيعِ .

و[**الثاني**] : منهُم مَنْ قالَ : فيها قولانِ مختصّانِ بها :

أَحدُهما : لا تصحُّ الكتابةُ ؛ لأَنَّه شرطَ فيها ما ينافِيها ؛ لأَنَّ مقتضىٰ الكتابةِ أَنْ يعتقَ بعدَ أَداءِ جميعِ مالِها ، فإِذا شَرطَ أَنْ يعتقَ بأَداءِ بعضهِ . . لَم يصحَّ .

والثاني : يصحُّ ؛ لأَنَّه لَو كاتبَهُ كتابةً مطلقةً فأَدَّىٰ بعضَ مالِ الكتابةِ ، فأَعتقَهُ علىٰ أَنْ يؤَدِّيَ الباقي بعدَ عتقهِ . . صحَّ . فإِذا شَرطَ ذٰلكَ في الابتداءِ[1] . . وجبَ أَنْ يصحَّ .

مسأَلةٌ : [كاتب عبدين أو ثلاثة علىٰ مئة درهم] :

وإِنْ كاتبَ رجلٌ عبدينِ أَو ثلاثةَ أَعبُدٍ لَه بمئةِ درهمٍ ، في نجمينِ أَو أَكثرَ ، بعقدٍ واحدٍ . . **فنصَّ الشافعيُّ** : (أَنَّ الكتابةَ صحيحةٌ ، وتُقسَّمُ المئةُ بينهُم علىٰ قَدرِ قيمتهِم) .

ونصَّ : (أَنَّه لَو تزوَّجَ أَربعَ نسوةٍ بعقدٍ واحدٍ علىٰ عوضٍ واحدٍ . . صحَّ النكاحُ ، وفي المهرِ قولانِ . وإِنْ خالعَ أَربعَ نسوةٍ بِعوَضٍ واحدٍ . . صحَّ الخُلعُ ، وفي العوضِ قولانِ) .

---

(١) في نسخة : (الانتهاء) .

قالَ أَصحابُنا : وهٰكذا القولانِ في الكتابةِ :

أَحدُهما : تصحُّ الكتابةُ ويُقسَّمُ العِوَضُ المسمَّىٰ عليهِم علىٰ قدرِ قيمتِهم . وبهِ قالَ مالكٌ وأَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّ جملةَ العِوَضِ معلومٌ ، وإِنَّما يجهلُ ما يقابلُ كلَّ واحدٍ منهُم ، فلَم يؤَثِّرْ ، كما لَو باعَ رجلٌ ثلاثةَ أَعبُدٍ له مِنْ رَجلٍ بعوضٍ .

والثاني : لا تصحُّ الكتابةُ .

قالَ المحامليُّ : **وهوَ الأَشبهُ** ؛ لأَنَّ عقدَ الواحدِ معَ الاثنينِ بمنزلةِ العقدينِ ، وعقدَ الواحدِ معَ الثلاثةِ بمنزلةِ ثلاثةِ عقودٍ .

ولَو كاتبَ كلَّ واحدٍ منهُم بعقدٍ منفردٍ معَ الجهلِ بالعِوَضِ . . لكانَ باطلاً ، فكذٰلكَ هٰذا مِثلُهُ . ويخالفُ البيعَ ، فإِنَّه إِذا باعَ رجلٌ مِنْ رجلٍ ثلاثةَ أَعبُدٍ لَه بعِوَضٍ واحدٍ . . صحَّ ؛ لأَنَّه عقدٌ واحدٌ وصفقةٌ واحدةٌ .

وهٰكذا : إِذا باعَ ثلاثةُ أَنفسٍ ثلاثةَ أَعبُدٍ لهم مُشاعةً بينهُم ، مِنْ رجلٍ بعقدٍ واحدٍ بثمنٍ واحدٍ . . صحَّ البيعُ قولاً واحداً ؛ لأَنَّ نصيبَ كلِّ واحدٍ منهُم يقعُ بثُلثِ الثمنِ مُشاعاً .

وهٰكذا : إِنْ باعَ رجلٌ ثلاثةَ عبيدٍ لَه مِنْ ثلاثةِ أَنفسٍ بعقدٍ واحدٍ . . صحَّ قولاً واحداً ، ويملكُ كلُّ واحدٍ منهُم ثُلثَ العبيدِ مُشاعاً .

وإِنْ باعَ رجلٌ ثلاثةَ عبيدٍ لَه ، مِنْ ثلاثةِ أَنفسٍ بعقدٍ واحدٍ ، مِنْ كلِّ واحدٍ عبداً ، بثمنٍ واحدٍ ، بأَنْ يقولَ : بعتُكَ يا زيدُ هٰذا العبدَ ، وبعتُكَ يا عَمرُو هٰذا الآخَرَ ، وبعتُكَ يا خالدُ هٰذا الآخَرَ بأَلفٍ . . ففيهِ طريقانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو العبَّاسِ : في البيعِ قولانِ كالكتابةِ .

و**[الثاني]** : قالَ أَبو إِسحاقَ وأَبو سعيدٍ الإِصطخريُّ : يبطلُ البيعُ قولاً واحداً ، وقدْ مضىٰ ذكرُها في (البيعِ) .

فإِذا قُلنا : تصحُّ الكتابةُ . . قُسِّمَ المالُ المسمَّىٰ علىٰ قيمتِهم وَقتَ عقدِ الكتابةِ .

مسأَلةٌ : [الشريكان في العبد يكاتبانه علىٰ قدر نصيبهما] :

وإِنْ كانَ عبدٌ بينَ شريكينِ . . لَم يَجزْ لَهما أَنْ يكاتباهُ إِلاَّ علىٰ قدرِ مِلكِهما ، ولا يجوزُ لهُما التفاضلُ في المالِ معَ تساوي المِلكينِ ، ولا التساوي في المالِ معَ تفاضلِ المِلكينِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يجوزُ) .

ودليلُنا : أَنَّ ذٰلكَ يؤَدِّي إِلىٰ أَنْ ينتفعَ أَحدُهما بمالِ الآخَرِ ؛ لأَنَّه إِذا دفعَ إِلىٰ أَحدِهما أَكثرَ مِنْ قَدْرِ مِلكهِ ، ثمَّ عجزَ . . رجعَ الآخَرُ عليهِ بذٰلكَ .

وإِنْ فعلَ أَحدُهما ذٰلكَ بإِذنِ شريكهِ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كما لَو كاتبَهُ أَحدُهما دونَ الآخَرِ بإِذنِ شريكهِ ، **وهوَ ظاهرُ النصِّ** .

ومنهُم مَنْ قالَ : لا يصحُّ هٰذا قولاً واحداً ؛ لأَنَّ هاهُنا يؤَدِّي إِلىٰ أَنْ ينتفعَ أَحدُهما بنصيبِ شريكهِ ، وإِذا كاتبَهُ أَحدُهما بإِذنِ شريكهِ . . لَم يؤَدِّ إِلىٰ أَنْ ينتفعَ أَحدُهما بنصيبِ شريكهِ ، فٱفترقا .

فرعٌ : [الكتابة علىٰ شرط فاسد أو مستقبل] :

ولا تصحُّ الكتابةُ إِلىٰ شرطٍ فاسدٍ ، ولا تعليقُها علىٰ شرطٍ مستقبلٍ ؛ لأَنَّها معاوَضةٌ ، فلا تصحُّ علىٰ شرطٍ فاسدٍ ولا تعليقُها علىٰ شرطٍ ، كالبيعِ .

مسأَلةٌ : [لزوم الكتابة من جهة السيد] :

وإِذا صحَّت الكتابةُ . . لزمتْ مِنْ جهةِ السيِّدِ ، فلا يجوزُ لَه فسخُها قَبْلَ عجزِ المكاتَبِ ؛ لأَنَّه أَسقطَ حقَّهُ منهُ بالعِوَضِ ، فهوَ كما لَو باعَهُ .

ولا تلزمُ الكتابةُ مِنْ جهةِ العبدِ ، بلْ يجوزُ لَه أَنْ يمتنعَ مِنْ أَداءِ الكتابةِ ، ولا يُجبرُ علىٰ أَدائِها وإِنْ كانَ موسِراً بها ؛ لأَنَّ كلَّ ما لا يُجبرُ علىٰ فعلهِ إِذا لَم يجعلْ شرطاً في

عتقهِ ، لَم يُجبرْ علىٰ فعلهِ وإِنْ جعلَ شرطاً في عتقهِ ، كالسُّننِ في الصلاةِ وسائرِ التطوُّعاتِ .

وللسيِّدِ أَنْ يفسخَ الكتابةَ بنفسهِ إِذا عجزَ العبدُ أَوِ ٱمتنعَ مِنَ الأَداءِ ، إِلاَّ أَنَّه إِنَّما أَسقطَ حقَّهُ منهُ بالعِوَضِ ، فإِذا تعذَّرَ العِوَضُ . . كانَ لَه أَنْ يرجعَ إِلىٰ عينِ مالهِ ، كما لَو باعَ مِنْ رجلٍ عيناً وأَفلسَ المشتري بالثمنِ .

وهلْ يجوزُ للعبدِ أَنْ يفسخَ الكتابةَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لَه أَنْ يفسخَ ؛ لأَنَّه عقدٌ لحظِّهِ ، فمَلَكَ فسخَهُ ، كالمرتهنِ .

والثاني : ليسَ لَه أَنْ يفسخَ ، ولَم يذكرِ المحامليُّ غيرَهُ ؛ لأَنَّه لا ضررَ عليهِ في البقاءِ علىٰ العقدِ ، ولا فائدةَ لَه في الفسخِ .

والأَوَّلُ أَقيسُ ؛ لأَنَّه يستفيدُ بالفسخِ وجوبَ نفقتِهِ علىٰ المولىٰ .

فإِنْ تراضيا علىٰ الفسخِ وفسخا . . صحَّ ؛ لأَنَّه عقدٌ يلحقُهُ الفسخُ بحالٍ فجازَ لهُما فسخُهُ بالتراضي ، كالبيع . وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الخُلعِ[1] .

فرعٌ : [موت السيد لا يبطل الكتابة] :

وإِذا ماتَ المولىٰ قَبلَ الأَداءِ . . لَم تبطلِ الكتابةُ ؛ لأَنَّه لازمٌ مِنْ جهتهِ ، فلَم تبطلْ بموتهِ ، كسائرِ العقودِ اللازمةِ .

فإِنْ ماتَ العبدُ وقد بقيَ عليهِ شيءٌ مِنْ مال الكتابةِ . . ماتَ رقيقاً ، وكانَ جميعُ ما خلَّفَهُ للمولىٰ ، سواءٌ خلَّفَ وفاءً بما عليهِ أَو لَم يخلِّفْ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ومالكٌ : (إِنْ خلَّفَ وفاءً عليهِ . . لَم تنفسخِ الكتابةُ) .

إِلاَّ أَنَّ أَبا حنيفةَ يقولُ : (إِذا خلَّفَ وفاءً . . أَدَّىٰ عنهُ مالَ الكتابةِ ، وعتقَ في آخِرِ جزءٍ مِنْ أَجزاءِ حياتهِ . وإِنْ لَم يخلِّفْ وفاءً . . حَكمَ الحاكمُ بعجزهِ ، وٱنفسختِ الكتابةُ) .

---

(١) في نسخة : (الفسخ) .

ومالكٌ يقولُ : (إِنْ كانَ لَه ولدٌ حرٌ . . ٱنفسختِ الكتابةُ . وإِنْ كانَ مملوكاً للمكاتِبِ . . أُجبرَ علىٰ دفعِ المالِ إِنْ كانَ لَه مالٌ ، وإِنْ لَم يكنْ لَه مالٌ . . أُجبرَ علىٰ الاكتسابِ والأَداءِ) .

دليلُنا : أَنَّه ماتَ قَبْلَ أَداءِ مالِ الكتابةِ ، فٱنفسختِ الكتابةُ ، كما لَو لَم يخلِّفْ وفاءً .

فإِنْ قيلَ : إِذا لَم يبقَ علىٰ المكاتَبِ مِنْ مالِ الكتابةِ إِلاَّ قَدْرٌ يسيرٌ بقَدْرِ الإِيتاءِ الذي يجبُ علىٰ السيِّدِ . . فهلاَّ قُلتم إِنَّه يعتقُ ؛ لأَنَّه يجبُ علىٰ السيِّدالإِيتاءُ ؟

قُلنا : إِنَّما لَم يعتقْ ؛ لأَنَّ علىٰ السيِّدِ أَنْ يفعلَهُ ، فلا يقعُ بنفسهِ ، كما لَو وصَّىٰ بأَنْ يُعتقَ عنهُ عبدٌ ، فماتَ السيِّدُ ، ثمَّ ماتَ العبدُ قَبْلَ أَنْ يعتقَ .

مسأَلةٌ : [مكاتبة الذمي عبده الكافر] :

وإِذا كاتبَ الذمِّيُّ عبدَهُ الكافرَ . . صحَّتِ الكتابةُ ؛ لأَنَّ الكتابةَ تشتملُ علىٰ معاوضةٍ وصفةٍ ، وهما يصحَّانِ مِنَ الذمِّيِّ كالمسلِمِ . فإِنْ ترافعا إِلىٰ الحاكمِ . . نظرَ في الكتابةِ :

فإِنْ كانتْ صحيحةً في شَرعِنا . . حكمَ الحاكمُ بصحَّتِها ، سواءٌ ترافعا إِلىٰ الحاكمِ قَبْلَ الإِسلامِ أَو بعدَهُ .

وإِنْ كانتْ فاسدةً في شَرعِنا ، بأَنْ كاتبَهُ علىٰ خمرٍ أَو خنزيرٍ وما أَشبهَهُ ، فإِنْ تقابضا في حالِ الشركِ ، ثمَّ ترافعا إِلىٰ الحاكمِ قَبْلَ الإِسلامِ أَو بعدَهُ . . لَم يتعرَّضِ الحاكمُ لنقضِها ولا لصحَّتِها ، بلْ يحكمُ بعتقِ العبدِ بأَداءِ ما وقعتْ عليهِ الكتابةُ ؛ لأَنَّ ما فعلاهُ في حالِ الشركِ قد لزمَ بالقبضِ .

وإِنْ أَقبضَهُ ذٰلكَ بعدَ الإِسلامِ ، ثمَّ ترافعا إِلىٰ الحاكمِ . . حكمَ بعتقِ العبدِ بحكمِ الصفةِ ، وثبتَ التراجعُ بينهُما ، كالكتابةِ الفاسدةِ بينَ المسلمَينِ .

وإِنْ أَقبضَهُ بعضَ العِوَضِ في حالِ الشركِ ، ثمَّ ترافعا بعدَ الإِسلامِ . . فإِنَّ الحاكمَ يحكمُ بفسادِ هٰذهِ الكتابةِ ؛ لأَنَّ الكتابةَ الفاسدةَ لا يعتقُ العبدُ فيها بقبضِ بعضِ العِوَضِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فلا فرقَ بينَ أَنْ يُسلِما ، أَو يُسلِمَ أَحدُهما فيما ذكرناهُ ؛ لأَنَّ التغليبَ لحُكمِ الإِسلامِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِذا كاتبَهُ علىٰ خمرٍ ثمَّ أَسلمَ . . لَم يبطلِ العقدُ ، ويؤدِّي إِليهِ قيمةَ الخمرِ) .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا العقدَ لَو عَقداهُ بخمرٍ أَو خنزيرٍ . . كانَ فاسداً ، فإِذا أَسلَمَ أَحدُهما قَبْلَ التقابضِ . . حكمَ بفسادِهِ ، كالبيعِ .

مسأَلَةٌ : [مكاتبة الحربي عبده] :

إِذا كاتبَ الحربيُّ عبدَهُ . . صحَّتِ الكتابةُ ؛ لأَنَّ لَه مِلكاً تامّاً . وقالَ مالكٌ : (لا يملِكُ) . وقالَ أَبو حنيفةَ : (مِلكُهُ ناقصٌ ؛ لأَنَّه يجوزُ[1] للمسلِمِ تملُّكُهُ عليهِ) .

دليلُنا : قولُه تعالىٰ : ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ ﴾ [الأحزاب : ٢٧] وهٰذهِ إِضافةٌ إِليهِم تقتضي مِلكَهُم .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ دخلا دارَ الإِسلامِ مستأْمَنينِ . . لَم يتعرَّضِ الحاكمُ لهُما . فإِنْ ترافعا إِليهِ ، فإِنْ كانتْ كتابةً صحيحةً . . أَلزمهُما الحاكمُ حُكمَها . وإِنْ كانتْ فاسدةً . . بيَّنَ لهُما فسادَها .

فإِنْ جاءا وقدْ قهرَ أَحدُهما الآخَرَ في دارِ الشركِ . . فقدْ بطلتِ الكتابةُ ؛ لأَنَّ العبدَ إِنْ قهرَ سيِّدَهُ . . فقدْ مَلكَ نفْسَهُ ، وبطلتِ الكتابةُ . وإِنْ قهرَ السيِّدُ العبدَ علىٰ إِبطالِ الكتابةِ . . فقدْ عادَ رقيقاً ؛ لأَنَّ دارَ الكفرِ دارُ القهرِ والإِباحةِ .

ولهٰذا : لَو قهرَ حرٌّ حرّاً على نفْسِهِ . . مَلكَهُ . وإِنْ قهرَ أَحدُهما الآخَرَ في دارِ الإِسلامِ . . لَم يصحَّ قهرُهُ ، وكانا علىٰ ما كانا عليهِ قَبْلَ القهرِ ؛ لأَنَّ دارَ الإِسلامِ دارُ حَظرٍ[2] لا يؤَثِّرُ فيها القهرُ إِلاّ بالحقِّ .

---

(١) في (م) : (لا يجوز) .

(٢) في نسختين : (حصن) . **الحظر** : المنع .

فرعٌ : [مكاتبة المسلم عبده الكافر] :

وإنْ كاتَبَ المسلِمُ عبدَهُ الكافرَ . . صحَّ ؛ لأنَّ ملكَهُ صحيحٌ عليهِ ، فإذا أَدَّىٰ إليهِ مالَ الكتابةِ . . عتقَ ، وقيلَ لَه : إنْ أَسلمتَ . . فلا كلامَ ، وإنِ ٱخترتَ المقامَ علىٰ الكفرِ ، فإنْ أَردتَ المقامَ في دارِ الإسلامِ . . فٱعقدِ الذمَّةَ وٱلتزمْ بالجزيةِ إنْ كنتَ ممَّنْ يجوزُ لَه عقدُ الذمَّةِ ، وإلاَّ . . فٱلحَقْ بدارِ الحربِ . فإنِ ٱختارَ الرجوعَ إلىٰ دارِ الحربِ . . صارَ حرباً لنا ، فإنْ وقعَ في الأَسرِ . . كانَ الإمامُ مخيَّراً فيهِ بينَ القَتْلِ والمَنِّ والفداءِ . ولا يجوزُ ٱسترقاقُهُ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ إبطالَ وَلاءِ سيِّدهِ الذي ثبتَ لَه عليهِ بالعتقِ .

مسأَلةٌ : [مكاتبة المرتد عبده] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولَو كاتبَ المرتدُّ عبدَهُ قَبْلَ أَنْ يقفَ الحاكمُ مالَهُ . . كانَ جائزاً) .

وقالَ في (المدبَّرِ)[1] : (إذا دبَّرَ عبدَهُ . . ففيهِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : يصحُّ . **والثاني** : لا يصحُّ . **والثالثُ** : أَنَّه موقوفٌ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في الكتابةِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : فيها ثلاثةُ أَقوالٍ كالتدبيرِ ؛ لأَنَّه عتقٌ بصفةٍ كالتدبيرِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : في الكتابةِ قولانِ :

أَحدُهما : يصحُّ .

والثاني : لا يصحُّ .

ولا يجيءُ القولُ بالوقفِ ؛ لأَنَّ الكتابةَ عقدُ معاوضةٍ ، وعقودُ المعاوضاتِ لا تقعُ موقوفةً عندَنا .

---

(١) كما في « الأم » (٧/ ٣٥٥) : في (تدبير أهل دار الحرب) ، وفي نسختين : (المرتد) ، وهو في « الأم » (٤/ ٢٠٢) بنحوه .

والأَوّلُ أَصحُّ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ أَدّىٰ المكاتَبُ مالَ الكتابةِ إِلىٰ سيِّدِهِ المرتدِّ ، فإنْ كانَ قَبْلَ أَنْ يقفَ الحاكمُ مالَهُ ويَحْجُرَ عليهِ . . ففي صحَّةِ الأَداءِ ثلاثةُ أَقوالٍ بناءً علىٰ الكتابةِ :

فإنْ قُلنا : إنَّ الكتابةَ صحيحةٌ . . صحَّ الأداءُ وعتقَ العبدُ .

وإنْ قُلنا : إنَّ الكتابةَ باطلةٌ . . لَم يصحَّ الأَداءُ ولَم يعتقِ العبدُ ؛ لأَنَّ عدمَ الصحَّةِ لعدمِ المِلكِ ، وذٰلكَ مانعٌ مِنْ صحَّةِ العتقِ ، فهوَ كما لَو كاتبَ الصبيُّ عبدَهُ .

وإنْ قُلنا : إنَّها موقوفةٌ . . وُقِفَ الأداءُ . فإنْ عادَ إلىٰ الإسلامِ صحَّ الأداءُ وعتقَ العبدُ . وإنْ ماتَ أَو قُتلَ علىٰ الردَّةِ . . لَم يصحَّ الأَداءُ ولَم يعتقِ العبدُ .

وإنْ كانَ الأَداءُ بعدَ أَنْ وقفَ الحاكمُ مالَهُ وحَجَرَ عليهِ ، فإنْ قُلنا : إنَّ الكتابةَ صحيحةٌ . . فالأَداءُ غيرُ صحيحٍ لأَجلِ الحَجْرِ ، فإنْ كانَ المالُ باقياً في يدِ السيِّدِ . . ٱسترجَعهُ منهُ ورفعَهُ إلىٰ الحاكمِ وعتقَ . وإنْ كانَ تالِفاً . . لَم يرجعِ المكاتَبُ علىٰ سيِّدهِ بشيءٍ ؛ لأنّه فرَّطَ بالدفعِ إليهِ ، وطالبَ الحاكمُ المكاتَبَ بمالِ الكتابةِ ، فإنْ أَدّاهُ . . عتقَ . وإنْ عجزَ . . عادَ رقيقاً . فإنْ أَسلمَ السيِّدُ قَبْلَ أَنْ يعتقَ العبدُ . . ٱحتسبَ للعبدِ بما كانَ دفعَهُ إليهِ في حالِ الردَّةِ .

فإنْ قيلَ : أَليسَ لَو دَفعَ إلىٰ المحجورِ عليهِ لسفهٍ مالاً فأَتلفهُ ، لَم يضمنْ ، وإذا زالَ الحَجْرُ ، لَم يُحتسَبْ عليهِ بهِ ؟

قُلنا : الفرقُ بينَهما : أَنَّ السفيهَ حُجِرَ عليهِ لحفظِ مالهِ ، فلَو ٱحتُسِبَ عليهِ بما قَبضَهُ في حالِ الحَجْرِ . . سقطتْ فائدةُ الحَجْرِ ، والمرتدَّ حُجرَ عليهِ لحَقِّ المسلِمينَ في مالهِ ، فإذا عادَ إلىٰ الإسلامِ . . سقطَ حقُّهم مِنْ مالهِ .

وإنْ قُلنا : إنَّ الكتابةَ فاسدةٌ . . لَم يعتقِ العبدُ بالأَداءِ .

وإنْ قُلنا : إنَّ الكتابةَ موقوفةٌ . . فإنَّ الأَداءَ لا يصحُّ ، كما إذا قُلنا : إنَّها صحيحةٌ . ويسترجعُهُ الحاكمُ إنْ كانَ صحيحاً باقياً .

فرعٌ : [ارتداد العبد وقت مكاتبته] :

وإنِ ٱرتدَّ العبدُ بِمُكاتبَةِ[١] سيِّدِهِ . . صحَّتْ كتابتُهُ ؛ لأنَّه يصحُّ بيعُهُ لَه وعتقهُ ، ثمَّ ينظرُ فيهِ ، فإنْ أَسلمَ . . كانَ حكمُهُ حكمَ المكاتَبِ المسلمِ . وإنْ لَم يُسلِمْ . . نظرتَ :

فإنْ أَدَّىٰ مالَ الكتابةِ . . عتقَ وطولبَ بالإسلامِ ، فإنْ لَم يُسلِمْ . . قُتِلَ ، وكانَ ما بقيَ في يدِهِ فَيئاً ، كالحُرِّ المرتدِّ .

وإنْ لَم يؤَدِّ مالَ الكتابةِ وقُتِلَ[٢] أَو ماتَ علىٰ الردَّةِ . . كانَ ما بيدِهِ لسيِّدهِ ؛ لأَنَّ بقتلِهِ أَو بموتهِ ٱنفسختِ الكتابةُ ، فكانَ ما بيدهِ لسيِّدهِ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

(١) في نسخة : (ثم كاتبه) .
(٢) في نسخة : (وإن لم يرد مال الكتابة وعتق) .

بابُ ما يملكُهُ المكاتَبُ وما لا يملكُهُ

والمكاتَبُ في البيعِ والشراءِ والأَخذِ بالشُّفعةِ وسائرِ جهاتِ التجارةِ كالحُرِّ ؛ لأَنَّه عقدَ الكتابةَ ليحصلَ لَه العتقُ ، ولا يحصلُ لَهُ إلاّ بالأَداءِ ، ولا يمكنهُ الأَداءُ إلاّ بالاكتسابِ بالبيعِ والشراءِ وسائرِ جهاتِ التجارةِ .

ويجوزُ لَه أَنْ يَشتريَ منْ سيِّدهِ ، ويبيعَ منهُ ، ويأخذَ منهُ بالشفعةِ ، كما يجوزُ ذلك مِنَ الأَجنبيِّ ؛ لأَنَّه صارَ بعقدِ الكتابةِ كالخارجِ مِنْ مِلكهِ[1] ، وإِنَّما لَه مالٌ في ذمَّتهِ ، فهوَ كرجلٍ لَه دينٌ عليهِ .

ويصحُّ إِقرارُهُ بالبيعِ والشراءِ ؛ لأَنَّه يصحُّ ذٰلكَ منهُ ، فصحَّ إِقرارهُ بهِ كالحُرِّ .

مسأَلةٌ : [مال المكاتب محجور عليه] :

والمكاتَبُ محجورٌ عليهِ في مالهِ فليسَ لَه ٱستهلاكُهُ ولا هبتُهُ ولا المحاباةُ بهِ بغيرِ إِذنِ السيِّدِ ؛ لأَنَّ حقَّ السيِّدِ لَم ينقطعْ عنهُ ؛ لأَنَّه قدْ يعجزُ فيعودُ إِليهِ ؛ لأَنَّ القصدَ بالكتابةِ تحصيلُ العتقِ بالأَداءِ ، فإِذا وهبَ مالَهُ . . أَدَّىٰ إِلىٰ فواتِ المقصودِ .

وإِنْ وهبَ المكاتَبُ شيئاً مِنْ مالهِ بإِذنِ سيِّدهِ . . فنصَّ **الشافعيُّ** في « الأُمِّ » [٧/ ٣٤] و« المختصر » : (أَنَّه يصحُّ) .

وقالَ الربيعُ : وفيهِ قولٌ آخَرُ : (أَنَّه لا يصحُّ) . وقالَ في « الجامعِ » : (إِذا ٱختلعتِ المكاتَبةُ نفسَها بعِوَضٍ بإِذنِ سيِّدها . . لَم يصحَّ الخُلعُ) .

والمكاتبةُ في بذلِ العِوَضِ كالواهِبةِ ؛ لأَنَّها تبذلُ العِوَضَ فيما لا فائِدةَ لَها فيهِ .

وٱختلفَ أَصحابُنا في المسأَلةِ علىٰ طريقينِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : في المسأَلةِ قولانِ :

---

(١) في نسختين : (يده) .

أحدُهما : لا تصحُّ الهبةُ والخُلعُ . وبهِ قالَ أبو حنيفةَ ؛ لأنَّ المكاتَبَ ناقصُ المِلكِ ، والسيِّدَ لا يملكُ ما بيدِهِ ، فلَم يصحَّ ذٰلكَ باجتماعِهما ، كالأخِ إذا زوَّجَ أُختَهُ الصغيرةَ بإذنِها .

والثاني : تصحُّ ؛ لأنَّ المالَ لا يخرجُ مِنْ بينِ المكاتَبِ والسيِّدِ ، فإذا اتَّفقا علىٰ هبتِهِ . . صحَّ كالراهنِ والمرتهنِ في الرهنِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : تصحُّ الهبةُ قولاً واحداً علىٰ ما نصَّ عليهِ في « الأُمِّ » و« المختصرِ » ، وما ذكرهُ الربيعُ تخريجٌ منهُ ، وما ذكرهُ في الخُلعِ علىٰ ظاهرِهِ .

والفرقُ بينَهُما : أنَّ المكاتبَ إذا وهبَ . . حصلَ لَه الثوابُ عاجلاً في الدنيا أو آجلاً في الآخرةِ ، وليسَ كذٰلكَ بذلُ العِوَضِ في الخُلعِ ، فإنَّه لا يحصلُ لها فيهِ ثوابٌ عاجلٌ ولا آجلٌ ، بلْ عليها ضررٌ في سقوطِ نفقتِها .

والطريقُ الأوَّلُ أصحُّ .

فرعٌ : [ليس للمكاتب أن يكفِّر بالمال] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولا يُكفِّرُ المكاتَبُ في شيءٍ مِنَ الكفَّاراتِ إلاَّ بالصومِ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أنَّ المكاتبَ إذا لزمتهُ كفّارةٌ في قتلٍ أو جِماعٍ أو ظِهارٍ أو يمينٍ . . فلا يجوزُ لَه أنْ يُكفِّرَ بالمالِ مِنْ غيرِ إذنِ سيِّدهِ ؛ لأنَّ مِلكَهُ غيرُ تامٍّ .

وإنْ أذِنَ لَه أنْ يُكفِّرَ بالمالِ ، فإنْ أذِنَ لَه أنْ يُكفِّرَ بالعتقِ . . لَم يصحَّ ؛ لأنَّه يتضمَّنُ الوَلاءَ ، ولا يثبتُ لَه الوَلاءُ . وإنْ أذِنَ لَه أنْ يُكفِّرَ بالإطعامِ ، فإنْ قُلنا : إنَّ العبدَ لا يملكُ المالَ ، لَم يصحَّ تكفيرُهُ بهِ ؛ لأنَّه لا يملكُ ذٰلكَ المالَ ، فلَم يصحَّ التكفيرُ بهِ .

وإنْ قُلنا : إنَّه يملكُ المالَ . . صحَّ تكفيرُهُ بهِ ؛ لأنَّه قدْ مَلكَ ذٰلكَ وأذِنَ لَه السيِّدُ بالتكفيرِ بهِ .

فرعٌ : [المكاتب لا يبيع نسيئة] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولا يجوزُ أن يبيعَ بدَينٍ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أنَّه ممنوعٌ مِنَ البيعِ بالدَّينِ المؤجَّلِ ؛ لأنَّ فيهِ غرراً وهوَ ممنوعٌ مِنَ التغريرِ بالمالِ ، وسواءٌ باعَ بما يساوي أو بأكثرَ ممَّا يساوي ؛ لأنَّ الغررَ حاصلٌ بالأجلِ إلاَّ أنْ يبيعَهُ بأكثرَ ممَّا يساوي ، فتكونَ الزيادةُ علىٰ ثمنِهِ مؤجَّلةً ؛ لأنَّه لا تغريرَ في ذٰلكَ .

فإنِ ٱبتاعَ المكاتبُ بثمنٍ مؤجَّلٍ . . صحَّ ؛ لأنَّ الغررَ علىٰ البائعِ دونَ المكاتبِ ، فإنْ دفعَ بهِ رهناً . . لَم يصحَّ الرهنُ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ تغريراً بالمالِ المرهونِ ؛ لأنَّه أمانةٌ وقدْ يتلفُ في يدِ المرتهنِ ، فيكونُ مِنْ ضمانِ الراهنِ .

ويجوزُ أَنْ يَستسلفَ في ذمَّتهِ إلىٰ أجلٍ ؛ لأنَّ الحظَّ لَه في ذٰلكَ ؛ لأنَّه يأخذُ الثمنَ فينتفعُ بهِ إلىٰ أنْ يحلَّ عليهِ المسلَّمُ فيهِ .

ولا يجوزُ أنْ يرهنَ بما في ذمَّتهِ ؛ لمَا ذكرناهُ .

فرعٌ : [المكاتب يأخذ للقراض والقرض ولا عكس] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولا يجوزُ أنْ يدفعَ شيئاً مِنَ المالِ الذي في يدِهِ قِراضاً ؛ لأنَّ فيهِ غرراً ؛ لأنَّه يُخرجُ المالَ مِنْ يدهِ ، فربَّما يعودُ إليهِ وربَّما لا يعودُ ، ويجوزُ أنْ يأخذَ المالَ قِراضاً ؛ لأنَّه مِنْ أنواعِ الكسبِ .

وليسَ لَه أنْ يُقرِضَ ؛ لأنَّ ذٰلكَ تبرُّعٌ ، ولَه أنْ يقترضَ ؛ لأنَّه ينتفعُ بذٰلكَ) .

فرعٌ : [لا تصح هبة المكاتب ولو بزيادة منفعة] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولا يهبُ بشرطِ الثوابِ)

وجملةُ ذٰلكَ : أنَّه إذا وهبَ لغيرِهِ شيئاً بشرطِ الثوابِ ، فإنْ قُلنا : لا يصحُّ ذٰلكَ مِنْ غيرِهِ . . لَم يصحَّ منَ المكاتبِ .

وإنْ قلنا : إنّه يصحُّ مِنْ غيرِ المكاتبِ ، فإنْ كانَ ذٰلكَ بغيرِ إذنِ السيِّدِ . . لَم يصحَّ ؛ لأنَّ عِوَضَها متأخِّرٌ ، ولأنَّ المقصودَ بالهبةِ الوصلةُ والمحبَّةُ دونَ الثوابِ ، فيصيرُ كالهبةِ بغيرِ ثوابٍ . فإنْ كانَ ذٰلكَ بإذنِ السيِّدِ . . كانَ علىٰ الطريقينِ في الهبةِ بغيرِ ثوابٍ .

فرعٌ : [شراء المكاتب مَنْ يعتق عليه] :

وليسَ للمكاتبِ أَنْ يشتريَ مَنْ يَعتَقُ عليهِ ـ كوالدِهِ أَو وَلدِهِ ـ بغيرِ إذنِ سيِّدهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ وأَحمدُ : (يجوزُ لَه شراؤُهُما ولا يجوزُ لَه بيعُهما)

وقالَ فيمَنْ عداهُما ممَّنْ يعتقُ عليهِ برَحمٍ : (يجوزُ لَه بيعُهُم) .

دليلُنا : أَنَّه تصرُّفٌ بما يؤدِّي إِلىٰ إتلافِ مالهِ ، فلَمْ يصحَّ منهُ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ ، كالهبةِ .

وإنِ اشترىٰ ذٰلكَ بإذنِ سيِّدهِ ، فإنْ قُلنا : لَو وهبَ لغيرهِ بإذنِ سيِّدهِ ، صحَّ قولاً واحداً . . صحَّ هاهُنا أَيضاً قولاً واحداً .

وإنْ قُلنا : في الهبةِ قولانِ . . فاختلفَ أَصحابُنا في هٰذا :

فمنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ كالهبةِ .

وقالَ أَبو إسحاقَ : يصحُّ قولاً واحداً ؛ لأَنَّ الهبةَ لا منفعةَ للمكاتبِ فيها ، وهاهُنا يحصلُ لَه بهِ جمالٌ ، ويحصلُ كسبُ العبدِ لَه وأَرشُ الجنايةِ عليهِ لَهُ .

فإذا قُلنا : يصحُّ الشراءُ . . لَم يكنْ لَه بيعُهُ ، وكانَ موقوفاً علىٰ كتابتهِ ، وينفقُ عليهِ بحكمِ المِلكِ دونَ النسبِ[1] .

وإنْ وصَّىٰ لَه بوالدهِ أَو وَلدهِ ، فإنْ كانَ غيرَ مكتسِبٍ . . لَم يَجُزْ لَه قَبولُ الوصيَّةِ فيهِ بغيرِ إذنِ سيِّدهِ ؛ لأَنَّه يستضرُّ بوجوبِ نفقتهِ عليهِ .

وإنْ كانَ مكتسِباً يمكنُ الإنفاقُ عليهِ مِنْ كسبهِ . . جازَ لَه قَبولُ الوصيَّةِ ؛ لأَنَّه يحصلُ لَه بذٰلكَ جمالٌ ومنفعةٌ مِنْ غيرِ ضررٍ .

---

(١) في نسخة : (السبب) .

فإنْ كانَ كسبُهُ وفْقَ نفقتِهِ . . فلا كلامَ . وإنْ كانَ كسبهُ أكثرَ مِنْ نفقتهِ . . كانَ الفضلُ للمكاتبِ . وإنْ كانَ أقلَّ مِنْ نفقتِهِ . . وجبَ علىٰ المكاتبِ تمامُ نفقتهِ بحكمِ المِلكِ ، ويكونُ عتقهُ موقوفاً علىٰ أداءِ المكاتبِ .

فإنْ جنىٰ والدُ المكاتبِ أو وَلدِهِ . . لَم يكنْ لَه أَنْ يفديَهُ مِنْ غيرِ إذنِ سيِّدهِ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ إتلافاً لمالهِ . فإنْ أذنَ لَه سيِّدُهُ في ذٰلكَ . . فهوَ كالهبةِ .

فرعٌ : [المكاتَبُ لا يعتق ولا يكاتِبُ] :

ولا يجوزُ للمكاتبِ أَنْ يعتقَ ولا يكاتِبَ بغيرِ إذنِ سيِّدهِ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (يجوزُ لَه أَنْ يكاتبَ ولا يعتقَ) .

دليلُنا : أنَّه لا يجوزُ لَه العتقُ ، فلا يجوزُ لَه الكتابةُ ، كالعبدِ المأذونِ لَه في التجارةِ ، فإنْ أذنَ لَه سيِّدُهُ في ذٰلكَ . . فهوَ كالهبةِ .

فإنْ قُلنا : لا تصحُّ كتابتُهُ ولا عتقُهُ . . لَم يعتقِ العبدُ بالأداءِ .

وإنْ قُلنا : يصحُّ عتقُهُ وكتابتُهُ ، فأعتقَ أو كاتبَ عبداً ، فأدَّىٰ إليهِ ما كاتبَهُ عليهِ قَبْلَ أَنْ يؤدِّيَ هوَ كتابتَهُ . . ففي وَلاءِ معتَقِهِ قولانِ :

أحدُهما : (أنَّه للسيِّدِ) وبهِ قالَ أبو حنيفةَ ؛ لأنَّ العتقَ لا ينفكُّ عنِ الولاءِ ، والمكاتبُ ليسَ مِنْ أهلِ الوَلاءِ .

والثاني : أنَّه يكونُ موقوفاً علىٰ أداءِ المكاتبِ ؛ لقولهِ ﷺ : « الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ، والسيِّدُ لَم يعتقْ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ أدَّىٰ المكاتبُ المالَ . . كانَ وَلاءُ هٰذا المعتَقِ لَه . وإنْ عجزَ ورَقَّ . . كانَ ولاؤُهُ لسيِّدِهِ . وإنْ ماتَ هٰذا المعتَقُ قَبْلَ أداءِ المكاتبِ . . ففي مالهِ قولانِ :

أحدُهما : أنَّه يكونُ موقوفاً كالوَلاءِ .

والثاني : أنَّه يكونُ للسيِّدِ ؛ لأنَّ الولاءَ يجوزُ أنْ يكونَ لشخصٍ ثمَّ ينتقلَ عنهُ ، والميراثَ لا يجوزُ أنْ يكونَ لشخصٍ ثمَّ ينتقلَ عنهُ .

والصحيحُ : أنَّ الميراثَ موقوفٌ علىٰ هٰذا القولِ أيضاً .

فرعٌ : [هبة المكاتب أو محاباته لسيده] :

وإنْ وهبَ المكاتبُ لسيِّدِهِ أَو حاباهُ. . فهلْ يصحُّ ؟ فيهِ طريقانِ ، كما لَو فعلَ ذٰلكَ معَ غيرِ السيِّدِ بإذنِ السيِّدِ ؛ لأنَّ قبولَهُ لذٰلكَ كالإذنِ لَه في ذٰلكَ .

فإنْ قُلنا : يصحُّ . . فلا كلامَ .

وإنْ قُلنا : لا يصحُّ . . فلَه أَنْ يسترجعَ ذٰلكَ منهُ قَبْلَ أَنْ يعتقَ .

فإنْ لَم يسترجعْ ذٰلكَ منهُ حتّىٰ عتقَ . . فهلْ يجوزُ لَه ٱسترجاعُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لَه أَنْ يسترجعَهُ ؛ لأنَّه وقعَ فاسداً ، فلا يملكُهُ السيِّدُ إلاّ بعقدٍ آخَرَ .

والثاني : ليسَ لَه أَنْ يسترجعَهَ ؛ لأنَّه إنَّما لَم يصحَّ لنقصانهِ ، وقدْ زالَ ذٰلكَ .

فرعٌ : [لا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده] :

ولا يجوزُ للمكاتبِ أَنْ يتزوَّجَ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ ؛ لقولهِ ﷺ : « أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . . فَهُوَ عَاهِرٌ »[1] . و(العاهر) : الزاني .

والمكاتبُ هو عبدٌ قَبْلَ الأداءِ ، فإنْ أَذنَ لَه سيِّدُهُ في النكاحِ . . صحَّ قولاً واحداً ؛ للخبرِ ، ولأنَّ الحاجةَ تدعو إليهِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كالهبةِ . **والأَوّلُ أَصحُّ** .

ولا يجوزُ لَه أَنْ يطأَ جاريتَهُ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ ؛ لأنَّه ربَّما أَحبلَها فتتلفَ .

فإنْ أَذِنَ لَه سيِّدهُ في ذٰلكَ ، فإنْ قُلنا : إنَّ العبدَ لا يملِكُ . . لَم يَجزْ لَه وَطؤُها .

وإنْ قُلنا : إنَّه يملكُ إذا مُلِّكَ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

---

(١) أخرجه عن جابر من طريقين أبو داود (٢٠٧٨) ، والترمذي (١١١١) وحسنه و(١١١٢) في النكاح . قال الترمذي : هٰذا حديث حسن صحيح . والعمل علىٰ هٰذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم : أن نكاح العبد بغير إذن سيده لا يجوز ، وهو قول أحمد وإسحاق وغيرهما .

فمنهُم مَنْ قالَ : هوَ كالهبةِ ، وفيهِ قولانِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : يصحُّ قولاً واحداً ، كالنكاحِ .

وإنْ أَولدَ منها ولداً . . كانَ ابناً لَه ومملوكاً لَه ، ولا يعتقُ عليهِ ، بلْ يكونُ موقوفاً علىٰ عتقهِ ، ويلزمُهُ أَنْ ينفقَ عليهِ بحكمِ المِلكِ لا بحكمِ النَّسبِ .

فرعٌ : [سفر المكاتب بالمال] :

وإنْ أَرادَ المكاتبُ أَنْ يسافرَ بالمالِ بغيرِ إِذنِ المولىٰ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ في موضعٍ : (يجوزُ) ، وقالَ في موضعٍ : (لا يجوزُ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ تغريراً بالمالِ .

والثاني : يجوزُ ؛ لأَنَّ فيهِ تنميةَ المالِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : إِنْ كانَ السفرُ طويلاً . . لَم يَجزْ ، وإِنْ كانَ قصيراً . . جازَ .

والأَوّلُ أَصحُّ .

مسأَلةٌ : [حرمة وطء المكاتبة] :

إِذا كاتبَ الرجلُ أَمةً لَه . . حَرُمَ عليهِ وَطؤُها ؛ لأَنَّ مِلكَهُ على رقبتِها قدْ ضعفَ وزالَ مِلكُهُ عَنْ منفعتِها . ولهٰذا لَو وَطئَها غيرُهُ بشبهةٍ . . وَجبَ عليهِ المهرُ لها .

فإِنْ خالفَ السيِّدُ ووَطئَها . . فلا حدَّ عليهِ ، سواءٌ علمَ بالتحريمِ أَو لَم يعلمْ . وبهِ قالَ جماعةُ الفقهاءِ إِلاَّ الحسنَ البصريَّ ، فإِنَّه قالَ : يجبُ عليهِ الحدُّ إِذا علمَ تحريمَ وَطئِها(١) .

---

(١) ذكره عن الحسن ابن المنذر في « الإشراف » (١/٣٢٩) ، و د . القلعجي في « فقه الحسن البصري » (١/٤٤٠) .

ورویٰ عن الحسن البصري سعيد بن منصور في « السنن » (٢١٥٧) : إذا وطیء الرجل مكاتبته . . فليحسب لها صداق مثلها من مكاتبتها .

دليلُنا : أَنَّ لَه فيها مِلكاً بدليلِ قولهِ ﷺ : « ٱلْمُكَاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » . ومَنْ وطىءَ مِلكَهُ . . لَم يحدَّ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ كانا عالمينِ بالتحريمِ . . عُزِّرا . وإِنْ كانا جاهلينِ بالتحريمِ . . لَم يُعزَّرا ونُهيا عنِ العَوْدِ . وإِنْ كانَ أَحدُهما عالماً والآخَرُ جاهلاً . . عُزِّرَ العالمُ ، ولَم يُعزَّرِ الجاهلُ ونهيَ عَنِ العَوْدِ .

وأَمَّا المهرُ ، فنقلَ المُزنيُّ : (أَنَّه إِذا أَكرهَها . . وجبَ المهرُ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ حملَهُ علىٰ ظاهرِهِ ، وقالَ : إِذا طاوعتْهُ علىٰ ذٰلكَ . . لَم يجبْ لَها المهرُ ؛ لأَنَّها بذلتْ نفْسَها بغيرِ عِوَضٍ ، فهيَ كالزانيةِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : يجبُ لَها المهرُ ، سواءٌ طاوعتْهُ أَو أَكرهَها . **وهوَ الصحيحُ** ، وقد نصَّ الشافعيُّ علىٰ هٰذا في « الأُمِّ » [٧/٣٨٨] لأَنَّ الحدَّ يسقطُ عنها بشبهةِ المِلكِ ، وهٰذهِ الشبهةُ توجبُ لَها المهرَ ؛ لأَنَّها ثابتةٌ في حقِّها .

وقالَ مالكٌ : (لا يجبُ لَها المهرُ ؛ لأَنَّ بُضعَها مِلكُهُ ، ولهٰذا لا تتزوَّجُ إِلاَّ بإِذنهِ) .

ودليلُنا : أَنَّ المكاتبةَ في يدِ نَفْسِها ومنافعَها لَها ، ولهٰذا لَو وَطئَها أَجنبيٌّ بشبهةٍ . . وجبَ لَها عليهِ المهرُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّه لا يجبُ لَها إِلاَّ مهرٌ واحدٌ ، سواءٌ وَطئَها مرَّةً واحدةً أَو وَطئَها مراراً ، كما قُلنا في النكاحِ الفاسدِ ، إِلاَّ أَنْ يطأَها ويدفعَ إِليها المهرَ ، ثمَّ يطأَها ، فيلزمُهُ المهرُ ثانياً ؛ لأَنَّ الوطءَ الأَوَّلَ قدِ ٱستقرَّ حكمُهُ .

ويجبُ لَها المهرُ مِنْ غالبِ نقدِ البلدِ ، فإِنْ لَم يحلَّ عليها نجمٌ . . كانَ لَها المطالبةُ بما وَجبَ لَها عليهِ مِنَ المهرِ .

وإِنْ حلَّ عليها نجمٌ ، فإِنْ كانَ مالُ الكتابةِ مِنْ غيرِ جنسِ نقدِ البلدِ . . كانَ لَها المطالبةُ بالمهرِ . وإِنْ كانَ مِنْ نقدِ البلدِ . . فهلْ يتقاصَّانِ فيما ٱستويا فيهِ ؟ فيهِ أَربعةُ أَقوالٍ يأْتي ذكرها .

وإنْ أذهبَ بكارَتَها . . لزمَهُ أَرشُها ، كما لَو قطعَ عضواً منها .

وإنْ أَحبلَها . . صارتْ مكاتَبةً لَه وأُمَّ ولدٍ ، وقد مضىٰ بيانُها .

فرعٌ : [كاتب أمة وشرط وطأها] :

وإنْ كاتبَ أَمةً وشرطَ في عقدِ الكتابةِ أَنْ يطأَها . . كانَ الشرطُ والعقدُ فاسدينِ .

وقالَ مالكٌ : (يصحُّ العقدُ ، ويبطلُ الشرطُ) .

وقالَ أَحمدُ : (يصحُّ العقدُ والشرطُ) .

دليلُنا : أَنَّه لا يَملكُ وَطأَها معَ إِطلاقِ العقدِ ، فلا يَملكُهُ بالشرطِ ، كما لَو زوَّجَها وٱشترطَ لنفسهِ الوطءَ .

مسأَلةٌ : [لا يطأ الشريكان مكاتبتهما] :

وإذا كانتْ أَمةٌ بينَ رجلينِ نصفينِ فكاتباها . . لَم يحلَّ لواحدٍ منهُما وَطؤُها ؛ لأَنَّه لا يحلُّ لواحدٍ منهُما وَطؤُها قَبْلَ الكتابةِ ، فلأَنْ لا يحلَّ بعدَ الكتابةِ ـ وقدْ ضعفَ مِلكُهُما ـ أَولىٰ .

فإنْ خالفَ أَحدُهما ووَطِئَها . . فلا حدَّ عليهِ لشبهةِ المِلكِ .

فإنْ كانا عالمَينِ بالتحريمِ . . عُزِّرا ، وإنْ كانا جاهلينِ . . لَم يُعزَّرا ، وإنْ كانَ أَحدُهما جاهلاً والآخَرُ عالماً . . عُزِّرَ العالمُ دونَ الجاهلِ .

ويلزمُ الواطىءَ جميعُ مهرِها للمكاتبةِ ؛ لأَنَّه بمنزلةِ كسبِها ، فإنْ لَم يحلَّ عليها نجمٌ مِنَ الكتابةِ . . أَخذتْ منهُ المهرَ وتصرَّفتْ فيهِ . وإنْ كانَ قد حلَّ عليها نجمٌ وكانَ مالُ الكتابةِ مِنْ نقدِ البلدِ ، فإنْ كانَ في يدِها ما تدفعُ إِلىٰ سيِّدها الذي لَم يطأَها بقَدْرِ مهرِها . . دَفعتْ إِليهِ ممَّا في يدِها ، وٱحتُسِبَ علىٰ الواطىءِ بالمهرِ الذي عليهِ مِنَ النجمِ الذي حلَّ لهُ عليها . وإنْ لَم يكنْ بيدِها ما تدفعُهُ إِلىٰ الذي لَم يطأْها . . أَخذتْ مِنَ الواطىءِ نصفَ مهرِها ، وسلَّمتْهُ إِلىٰ الذي لَم يطأْها ، وٱحتُسِبَ علىٰ الواطىءِ بنصفِهِ مِنَ النجمِ الذي حلَّ لَه .

فإذا أَدَّتْ ما بقيَ مِنْ مالِ الكتابةِ. . عتقتْ ، وإنْ عجزتْ. . عادتْ رقيقةً لهُما .

فإنْ كانتْ قدْ قبَضتْ مِنَ الواطىءِ مهرَها. . فقدْ برئَتْ ذمَّتُهُ منهُ ؛ لأَنَّها قبضتْهُ في وقتٍ تستحقُّ قبضَهُ .

فإذا كانَ باقياً في يدِها. . أَخذَ كلُّ واحدٍ منهُما نصفَهُ ، وإنْ كانَ تالفاً. . سقطَ حكمُه فيهِ ؛ لأَنَّها تصرَّفتْ في مِلكِها في حالِ نفوذِ تصرُّفِها .

وإنْ لَم تكنْ قبضتِ المهرَ ، فإنْ كانَ في يدِها شيءٌ مِنْ كسبِها بقَدْرِ مهرِها. . دفعتْهُ إلىٰ الذي لَم يطأْها ، وٱحتُسِبَ علىٰ الواطىءِ بمهرِها عليهِ مِنْ كسبِها .

وإنْ لَم يكنْ في يدِها شيءٌ. . رجعَ سيِّدُها الذي لَم يطأْها علىٰ الواطىءِ بنصفِ مهرِها ، وبرئَتْ ذمَّتُهُ مِنْ نصفِهِ .

وإنْ أَحبلَها الواطىءُ. . فالحُكمُ في الحدِّ والتعزيرِ والمهرِ علىٰ ما مضىٰ .

وأَمَّا الولدُ ، فإنِ ٱدَّعىٰ الواطىءُ أَنَّه ٱستبرأَها وحلَفَ علىٰ أَنَّه ٱستبرأَها ، وأَتتْ بولدٍ بعدَ الاستبراءِ لستَّةِ أَشهرٍ. . لَم يلحقْهُ ولدُها ، وكانَ كولدِها مِنْ زوجٍ أَو زناً علىٰ ما يأْتي بيانُهُ .

وإنْ لَم يدَّعِ الواطىءُ أَنَّه ٱستبرأَها. . صارَ نصيبُهُ مِنَ الجاريةِ أُمَّ ولدٍ لَه ومكاتباً لَه . فإنْ كانَ معسِراً. . لَم يسرِ الإحبالُ إلىٰ نصيبِ شريكهِ مِنَ الجاريةِ ، كما لَو أَعتقَ شِركاً لَه مِنْ عبدٍ وهوَ معسِرٌ ، وفي الولدِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : ينعقدُ جميعُهُ حرّاً ، ويثبتُ في ذمَّةِ الواطىءِ نصفُ قيمتهِ لشريكهِ ؛ لأَنَّه يستحيلُ أَنْ ينعقدَ نصفُهُ حرّاً ونصفُهُ مملوكاً .

و[الثاني] : قالَ أَبو إِسحاقَ : يكونُ نصفُهُ حرّاً ونصفُهُ مملوكاً ، كولدِها الذي تأْتي بهِ مِنْ زوجٍ أَو زناً علىٰ ما يأْتي بيانُهُ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّه إذا لَم يسرِ الاستيلادُ لإعسارِهِ ، فكذٰلكَ حرِّيَّةُ الولدِ لا تَسري لإعسارِهِ . وقولُ الأَوَّلِ يبطلُ بالمرأَةِ إذا كانَ نصفُها حرّاً ونصفُها مملوكاً فأَتتْ بولدٍ مِنْ زوجٍ أَو زناً ، فإنَّ نصفَهُ حرٌّ ونصفَهُ مملوكٌ .

وإنْ كانَ الواطىءُ موسِراً. . قوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكهِ مِنَ الجاريةِ ، فيصيرُ جميعُها أُمَّ ولدٍ لَه ونصفُها مكاتباً لَه ؛ لأَنَّ الإحبالَ كالعتقِ .

ولَو أَعتقَ نصيبَهُ منْها وهوَ موسِرٌ . . قوِّمَ عليهِ نصيبُ شريكهِ مِنَ الجاريةِ ، فكذٰلكَ إذا أَحبلَها ، فإذا قوِّمتْ عليهِ . . ٱنفسختِ الكتابةُ في نصيبِ الشريكِ وبقيَ نصفُها مكاتباً للواطىءِ ، فإنْ أَدَّتْ إليهِ نصفَ مالِ الكتابةِ . . عتقَ نصفُها بالكتابةِ ويسري العتقُ إلىٰ باقيها . وإنْ ماتَ الواطىءُ قبلَ الأَداءِ . . عتقَ جميعُها عليه بالاستيلادِ . ومتىٰ تقوَّمُ عليهِ ؟ فيهِ طريقانِ :

[**الأَوَّلُ**] : قالَ أَبو إسحاقَ : فيها قولانِ ، كما لَو أَعتقَه :

أَحدُهما : تقوَّم في الحالِ ولا يُنتظرُ العجزُ ، كما لَو أَحبلَ جاريةً بينَهُ وبينَ شريكهِ وهيَ غيرُ مكاتبةٍ ، أَو أَعتقَها .

والثاني : لا تقوَّمُ عليهِ إلاَّ بعدَ العجزِ ؛ لأَنَّه قدْ ثبتَ لشريكهِ فيها حقُّ الوَلاءِ بعقدِ الكتابةِ ، فلا يجوزُ إبطالُ ذٰلكَ عليهِ بالتقويمِ .

و[**الطريقُ الثاني**] : قالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : لا تقوَّمُ إلاَّ بعدَ عجزِها قولاً واحداً ، وإنَّما القولانِ إذا أَعتقَها ؛ لأَنَّ الحظَّ يحصلُ لَها بالتقويمِ بالعتقِ ؛ لأَنَّ عتقَها يتنجَّزُ ، والحظُّ لَها هاهُنا في أَنْ لا تقوَّمَ ؛ لأَنَّها ربَّما أَدَّتْ مالَ الكتابةِ ، فتعجَّلَ عتقُها بالكتابةِ .

والصحيحُ هوَ الأَوَّلُ ؛ لأَنَّ الإحبالَ أَقوىٰ مِنَ العتقِ ، بدليلِ أَنَّه يصحُّ مِنَ المجنونِ والسفيهِ ، والعتقُ لا يصحُّ منهُما ، ولأَنَّ الحظَّ لَها بالتقويمِ بالإحبالِ أَكثرُ مِنِ ٱنتظارِ عجزِها ؛ لأَنَّها إذا قوِّمَتْ علىٰ الواطىءِ . . بقيَ نصفُها مكاتباً للواطىءِ ، فإذا أَدَّتْ إليهِ نصفَ مالِ الكتابةِ . . عتقَ جميعُها ، وذٰلكَ أَخفُّ مِنْ أَنْ يبقىٰ جميعُها مكاتباً فلا تعتقَ إلاَّ بأَداءِ جميعِ مالِ الكتابةِ .

وإذا قوِّمَتْ علىٰ الواطىءِ . . سرىٰ الإحبالُ إلىٰ باقيها . ومتىٰ وقعتِ السرايةُ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَقوالٍ ، كالعتقِ :

أَحدُها : في الحالِ .

والثاني : بدفعِ القيمةِ .

والثالثُ : أنَّه موقوفٌ ، فإنْ أدَّىٰ القيمةَ . . بانَ أنَّ السرايةَ وقعتْ بالإحبالِ . وإنْ لَم يدفعِ القيمةَ . . تبيَّنَّا أنَّ السرايةَ لَم تقعْ .

وأمَّا قيمةُ نصفِ الولدِ ، فإنْ قُلنا : إنَّها تقوَّمُ في الحالِ ، وقُلنا : إنَّ الإحبالَ يَسري إلىٰ نصيبِ الشريكِ في الحالِ . . لَم يلزمْهُ قيمةُ نصفِ الولدِ ؛ لأنَّها تضعُهُ في مِلكهِ .

وإنْ قُلنا : إنَّها لا تقوَّم إلاَّ بعدَ العجزِ ، وقُلنا : إنَّ الإحبالَ لا يَسري إلاَّ بعدَ دفعِ القيمةِ ، فوضعتِ الولدَ قَبْلَ العجزِ أو قَبْلَ دفعِ القيمةِ . . لزمَهُ نصفُ قيمةِ الولدِ لشريكهِ ؛ لأنَّه كانَ مِنْ سبيلهِ أنْ يكونَ نصفُهُ مملوكاً لشريكهِ ، وقدْ أتلفَ رقَّهُ عليهِ .

فرعٌ : [كاتبا جارية ثم جامعاها] :

وإنْ كاتبا جاريةً بينهُما نصفينِ ، ثمَّ وَطِئَها كلُّ واحدٍ منهُما . . فالكلامُ في التحريمِ والحدِّ والتعزيرِ علىٰ ما مضىٰ ، ويجبُ علىٰ كلِّ واحدٍ منهُما مهرُ مِثلِها .

فإنْ لَم يحلَّ عليها نجمٌ . . كانَ لَها مطالبةُ كلِّ واحدٍ منهُما بالمهرِ الذي وجبَ عليهِ لتتصرَّفَ فيهِ . وإنْ كانَ قدَ حلَّ عليها نجمٌ ، وكانَ مالُ الكتابةِ مِنْ جنسِ المهرِ . . فهلْ يَسقطُ عَنْ كلِّ واحدٍ منهُما قَدْرُ ما وَجبَ لَه عليها ممَّا عليهِ لَها مِنَ المهرِ ؟ علىٰ الأقوالِ في المقاصَّةِ .

وإنْ فضلَ لَها فضلٌ عليهِما أو علىٰ أحدِهما مِنَ المهرِ . . طالبتْهُ بهِ ، وإنْ عجَّزتْ نفسَها . . رقَّتْ لَهما .

فإنْ كانتْ قدْ قبضتِ المهرينِ . . فقدْ برئَتْ ذمَّتهُما ، ويقتسمانِ ما كانَ في يدِها . وإنْ كانتْ لَم تقبضِ المهرينِ . . برئَتْ ذمَّةُ كلِّ واحدٍ منهُما مِنْ نصفِ المهرِ الذي وَجبَ عليهِ ؛ لأنَّ نصفَها عادَ رقيقاً لَه فيسقطُ عنهُ ما يقابلُ مِلكَهُ مِنها ، ويبقىٰ عليهِ نصفُ المهرِ لأجلِ حقِّ شريكهِ .

فإنْ كانَ المهرانِ متساويينِ . . فهلْ يسقطُ ذٰلكَ عنهُما ؟ علىٰ الأقوالِ في المقاصَّةِ .

وإنْ كانَ أحدُ المهرينِ أكثرَ مِنَ الآخرِ : قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (بأنْ يطأَها أحدُهما وهيَ بكرٌ ، ويطأَها الآخرُ وهيَ ثيِّبٌ ، أو يطأَها أحدُهما وهيَ صحيحةٌ ،

ويطأها الآخرُ وهيَ مريضةٌ أَو معيبةٌ . . تقاصَّا فيما آستويا فيهِ ، ومَنْ بقيَ لَه فضلٌ طالبَ شريكَهُ بهِ ، وإنْ أَفضاها أَحدُهما . . وجبَ عليهِ للآخرِ نصفُ قيمتِها معَ المهرِ . وكذٰلكَ إنِ آفتضَّها أَحدُهما . . لزمَهُ لشريكهِ نصفُ أَرشِ الافتضاضِ معَ المهرِ .

فإنِ آدَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهُما علىٰ صاحبهِ أَنَّه أَفضاها أَوِ آفتضَّها . . حَلفَ كلُّ واحدٍ منهُما لشريكهِ ، وسقطَ حكمُ الإفضاءِ والافتضاضِ) .

وإنْ حلفَ أَحدُهما ونكلَ الآخرُ ، فحلَفَ عليهِ شريكُهُ . . لزمَ الناكلَ نصفُ قيمتِها للإفضاءِ ، ونصفُ الأَرشِ للافتضاضِ .

فإنْ أَتتْ بولدٍ . . نظرتَ :

فَإنِ آدَّعيا أَنَّهما آستبرآها وحلفا وأَتتْ بولدٍ لستَّةِ أَشهرٍ بعدَ الاستبراءِ . . آنتفىٰ الولدُ عنهُما ، وكانَ كالولدِ الذي تأتي بهِ مِنْ زوجٍ أَو زناً .

وإنْ لَم يدَّعيا الاستبراءَ . . فلا يَخلو مِنْ أَربعةِ أَحوالٍ : إمَّا أَن لا يمكن أَنْ يكونَ مِنْ واحدٍ منهُما ، أَو يمكنَ أَنْ يكونَ مِنَ الواطىءِ الأَوَّلِ ولا يمكنَ أَنْ يكونَ مِنَ الثاني ، أَو يمكنَ أَنْ يكونَ مِنَ الثاني ولا يمكنَ أَنْ يكونَ مِنَ الأَوَّلِ ، أَو يمكنَ أَنْ يكونَ مِنْ كلِّ واحدٍ منهُما .

فإنْ لَم يمكنْ أَنْ يكونَ مِنْ كلِّ واحدٍ منهُما ، مثلُ : أَنْ تأتيَ بهِ لأَكثرَ مِنْ أَربعِ سنينَ مِنْ وطءِ كلِّ واحدٍ منهُما ، أَو لدونِ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ وطءِ كلِّ واحدٍ منهُما . . آنتفىٰ عنهُما ، فكانَ كولدِها الذي تأْتي بهِ مِنْ زوجٍ أَو زناً .

وإنْ أَمكنَ أَنْ يكونَ مِنَ الأَوَّلِ دونَ الثاني ، بأَنْ تأْتيَ بهِ لدونِ أَربعِ سنينَ مِنْ وطءِ الأَوَّلِ ، أَو لستَّةِ أَشهرٍ فما زادَ مِنْ وَطئهِ ، ولدونِ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ وَطءِ الثاني . . لَحِقَ الولدُ بالأَوَّلِ . فإنْ كانَ معسِراً . . صارَ نصيبُهُ مِنَ الجاريةِ أُمَّ ولدٍ لَه ومكاتباً لَه ، ولا يَسري الإحبالُ إلىٰ نصيبِ شريكهِ مِنَ الجارية . وفي الولدِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : علىٰ قولِ أَبي عليٍّ بنِ أَبي هريرةَ : ينعقدُ جميعُهُ حرّاً ، ويثبتُ في ذمَّتهِ نصفُ قيمتهِ لشريكهِ .

و[الثاني] : علىٰ قولِ أَبي إِسحاقَ : يكونُ نصفُهُ حرّاً ونصفُهُ الآخرُ كولدِها مِنْ زوجٍ

أَو زناً ، وتستحقُّ الجاريةُ علىٰ كلٍّ واحدٍ منهُما جميعَ مهرِها .

وإِنْ كانَ المُحبِلُ موسِراً . . صارَ نصيبُهُ مِنَ الجاريةِ أُمَّ ولدٍ لَه ومكاتباً لَه ، ويقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ فيها . وهلْ يقوَّمُ عليهِ في الحالِ أَو بعدَ العجزِ ؟ علىٰ الطريقينِ في المسأَلةِ قَبْلَها .

وهلْ يلزمُهُ نصفُ قيمةِ الولدِ ؟

إِنْ قُلنا : يقوَّمُ في الحالِ ويَسري الإِحبالُ قَبْلَ دفعِ القيمةِ . . لَم يلزمْهُ نصفُ قيمةِ الولدِ ؛ لأَنَّها تضعُهُ في مِلكهِ .

وإِنْ قُلنا : لا يقوَّمُ إِلاَّ بعدَ العجزِ ، أَو قُلنا : لا يَسري الإِحبالُ إِلاّ بعدَ دفعِ القيمةِ ، فإِنْ وَضعتْ بَعد[1] العجزِ والتقويمِ ودفعِ القيمةِ . . لَم يلزمْهُ نصفُ قيمتِهِ ؛ لأَنَّها وَضعتْهُ في مِلكهِ . وإِنْ وَضعتْهُ قَبْلَ ذٰلكَ . . لزمَهُ نصفُ قيمتِهِ .

ويجبُ علىٰ الواطىءِ المُحبِلِ[2] جميعُ مهرِها ؛ لأَنَّه وَطِئَها وجميعُها مكاتبٌ ، فيكونُ للجاريةِ نصفُ المهرِ لأَجلِ النصفِ الذي بقيَ علىٰ الكتابةِ ، ونصفُ المهرِ لسيِّدها[3] الذي لَم يُحبِلْ ؛ لأَنَّ نصيبَهُ قدِ ٱنفسختِ الكتابةُ فيهِ إِمَّا بالتقويمِ أَو بالعجزِ ، وكانَ ما يخصُّ نصيبَهُ مِنْ كسبِها لَه .

وأَمَّا ما يجبُ علىٰ الثاني مِنَ المهرِ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ الإِحبالَ يَسري في الحالِ فقدْ وَطِئَها الثاني ولا مِلكَ لَه فيها . . فيلزمُهُ جميعُ المهرِ ، ويكونُ للأَوَّلِ نصفُهُ لأَجلِ النصفِ الذي قوِّمَ عليهِ ، وصارتْ أُمَّ ولدٍ لَه . وأَمَّا النصفُ الثاني مِنَ المهرِ ، فإِنْ كانتْ قد عجَّزَتْ نفسَها عَنْ كتابةِ نصيبِ الذي ٱستولدَها . . كانَ لَه أَيضاً .

وإِنْ كانتْ لَم تعجِّزْ نفسَها . . كانَ للجاريةِ ؛ لأَنَّه كسبٌ لنصفِها الذي بقيَ علىٰ الكتابةِ .

---

(١) في نسخة : (قبل) .
(٢) في (م) : (الأول) .
(٣) جاء في حاشية نسخة : (أي ينتقل منها إلىٰ سيدها عند التقويم والعجز) .

وإنْ قُلنا : إنَّ الإحبالَ لا يَسري إلاَّ بدفعِ القيمةِ ، فإنْ وَطِئَها قَبْلَ دفعِ القيمةِ . . سقطَ عَنِ الثاني نصفُ مهرِها لأَجلِ نصفِها الذي لَه ؛ لأَنَّه عادَ رقيقاً لَه بالتقويمِ[١] ، وهلْ يجبُ عليهِ نصفُ مهرِها لأَجلِ نصفِها الذي هوَ[٢] لِلمُحبِلِ ؟

فإنْ كانتْ قد عجَّزتْ نفْسَها عَنِ الكتابةِ . . ٱستحقَّ المُحبِلُ نصفَ مهرِها علىٰ الثاني . وإنْ لَم تعجِّزْ نفسَها[٣] . . كانَ ذٰلكَ النصفُ للجاريةِ ؛ لأَنَّ نصفَها باقٍ علىٰ الكتابةِ .

وإنْ وَطِئَها الثاني بعدَ أَنْ أَخذَ نصفَ قيمتِها . . وَجبَ عليهِ كمالُ مهرِها ، فيكونُ للمُحبِلِ نصفُهُ لأَجلِ النصفِ الذي قوَّمَ عليهِ . وأَمّا النصفُ الثاني مِنَ المهرِ ، فإنْ كانتْ قد عجَّزتْ نفْسَها عَنْ أَداءِ كتابةِ نصفِها الباقي . . كانَ للمُحبِلِ أَيضاً . وإنْ لَم تعجِّزْ نفْسَها . . كانَ لَها .

وإنْ أَمكنَ أَنْ يكونَ الولدُ مِنَ الثاني دونَ الأَوَّلِ ، بأَنْ تأْتي بهِ لأَكثرَ مِنْ أَربعِ سنينَ مِنْ وَطءِ الأَوَّلِ ، ولدونِ أَربعِ سنينَ ولستَّةِ أَشهرٍ فما زادَ مِنْ وَطءِ الثاني . . لَحِقَ الولدُ بالثاني ، وٱنتفىٰ عَنِ الأَوَّلِ ، فصارَ نصيبُ الثاني مِنَ الجاريةِ أُمَّ ولدٍ لَه ومكاتباً لَه .

وإنْ كانَ معسِراً . . لَم يسرِ الإحبالُ إلىٰ نصيبِ الأَوَّلِ منهما .

وأَمَّا الولدُ : فعلىٰ قولِ أَبي عليٍّ : ينعقدُ جميعُهُ حرّاً ، ويثبتُ في ذمَّةِ الثاني نصفُ قيمتهِ للأَوَّلِ .

وعلىٰ قولِ أَبي إسحاقَ : يكونُ نصفُهُ حرّاً ونصفُهُ ليسَ بحرٍّ ، بلْ يكونُ كولدِها الذي تأْتي بهِ مِنْ زوجٍ أَو زناً ، ويلزمُ كلَّ واحدٍ منهُما جميعُ المهرِ لَها فتقبضُهُ منهُما إنْ لَم يحلَّ عليها نجمٌ ، وإنْ حلَّ عليها نجمٌ . . كانَ كما لَو لَم تلدْ .

وإنْ كانَ الثاني موسِراً . . صارَ نصيبُهُ مِنَ الجاريةِ أُمَّ ولدٍ لَه ومكاتباً لَه ، ويَسري الإحبالُ إلىٰ نصيبِ شريكهِ منها ، ويقوَّمُ عليهِ . ومتىٰ يقوَّمُ ؟ علىٰ الطريقينِ .

---

(١) في هامش نسخة : (وانفسخت الكتابة ، ومتىٰ انفسخت الكتابة رجع الكسب إلىٰ السيد) .
(٢) في نسخة : (له) .
(٣) في نسخة : (نصفها) .

والكلامُ في قيمةِ الولدِ كما ذكرناهُ في التي قَبْلَها .

ويلزمُ الثاني جميعُ مهرِها : نصفُهُ للمكاتبةِ لأَجلِ نصفِها الذي بقيَ علىٰ الكتابةِ ، ونصفُهُ للواطىءِ الأَوَّلِ الذي لَم يُحبِلْها لأَجلِ نصفِها الذي ٱنفسَخَتْ فيهِ الكتابةُ بالتقويمِ .

وأَمَّا الأَوَّلُ : فإنَّه يسقطُ عنهُ نصفُ مهرِها لأَجلِ نصفِها الذي ٱنفسَخَتْ فيهِ الكتابةُ ، وعادَ رقيقاً لَه بالتقويمِ(١) ، ويجبُ عليهِ نصفُ المهرِ لأَجلِ نصفِها الذي للمُحبِلِ .

فإنْ كانتْ قد عجَّزتْ نفْسَها عَنْ أَداءِ كتابةِ نصفِها الذي للثاني . . كانَ ذٰلكَ النصفُ مِنَ المهرِ للثاني . وإنْ لَم تعجِّزْ نفْسَها . . كانَ ذٰلكَ للمكاتبةِ .

وإنْ أَمكنَ أَنْ يكونَ الولدُ مِنْ كلِّ واحدٍ منهُما ، بأَنْ تأْتي بهِ لأَكثرَ مِنْ ستَّةِ أَشهرٍ ولدونِ أَربعِ سنينَ مِنْ وَطءِ كلِّ واحدٍ منهُما . . عُرِضَ الولدُ علىٰ القافةِ ، فإنْ أَلحقتْهُ بالأَوَّلِ . . لحقَ بهِ وٱنتفىٰ عنِ الثاني ، وكانَ الحكمُ كما لَو أَمكنَ أَنْ يكونَ مِنَ الأَوَّلِ دونَ الثاني علىٰ ما مضىٰ . وإنْ أَلحقتْهُ بالثاني . . كانَ الحكمُ فيهِ كما لَو أَمكنَ أَنْ يكونَ مِنَ الثاني دونَ الأَوَّلِ علىٰ ما مضىٰ . وإنْ أَلحقتْهُ القافةُ بهِما ، أَو نفتْهُ عنهُما ، أَو أَشكلَ عليها أَمرُهُما ، أَو لَم توجدْ قافةٌ . . يتركُ الولدُ حتَّىٰ يبلغَ وينتسبَ إِلىٰ أَحدِهما ، وينفقانِ عليهِ ، فإذا بلغَ ، وٱنتسبَ إِلىٰ أَحدِهما . . لحقَ بهِ ، وكانَ الحكمُ فيهِ كما لَو لحقَهُ بالإِمكانِ ، ويلزمُهُ أَنْ يَغرمَ للآخَرِ ما أَنفقَهُ علىٰ وَلدِهِ ؛ لأَنَّه بانَ أَنّه وَلدُهُ .

فرعٌ : [كاتبا أمة ثم وطئاها ، وأتت بولدين] :

وإنْ كانتْ أَمةً بينهُما نصفينِ فكاتباها ، ثمَّ وَطِئَها كلُّ واحدٍ منهُما ، وأَتت مِنْ كلِّ واحدٍ منهُما بولدٍ ٱعترفَ بهِ وٱعترفا بالسابقِ منهُما ، وأَظهرتِ العجزَ ، وفسخَ السيِّدانِ الكتابةَ . . فلا يخلو حالُهما : إمَّا أَنْ يكونا موسِرينِ ، أَو يكونَ الأَوَّلُ موسِراً والثاني معسِراً ، أَو يكونَ الأَوَّلُ معسِراً والثاني موسِراً ، أَو يكونا معسِرَينِ .

---

(١) في نسخة : (لأنها في هٰذهِ الصورة سرت بالإحبال إلىٰ نصيب الأول ، فانتقلت إلىٰ حال أقوىٰ من الكتابة) .

فإنْ كانا موسِرينِ . . فإنَّ الأوَّلَ يجبُ عليهِ نصفُ المهرِ لشريكهِ ؛ لأنَّها بٱنفساخِ الكتابةِ عادتْ بمعناها قَبْلَ الكتابةِ ، فوجبَ عليهِ نصفُ المهرِ لأَجلِ نصفِ شريكهِ ، ويسقطُ عنهُ نصفُ المهرِ لأَجلِ نصفِهِ الذي عادَ رقيقاً لهُ ، ويكونُ الولدُ حرّاً ، ونصيبُهُ مِنَ الجاريةِ أُمَّ ولدٍ لَه ومكاتباً لَه ، ويَسري الإحبالُ إِلىٰ نصيبِ شريكهِ ، ومتىٰ يَسري الإحبالُ ؟ علىٰ الأقوالِ الثلاثةِ في وَقتِ سرايةِ العتقِ .

وأَمَّا قيمةُ نصفِ الولدِ : فمبنيٌّ علىٰ القولينِ في وَقتِ السرايةِ ، فإنْ قُلنا : إنَّ السرايةَ تقعُ في الحالِ . . لَم يجبْ عليهِ قيمةُ نصفِ الولدِ ؛ لأَنَّها تضعُهُ في مِلكهِ . وإنْ قُلنا : لا تقعُ السرايةُ إلاّ بعدَ دفعِ القيمةِ ، فإنْ وَلدتْ قَبْلَ دفعِ القيمةِ . . فإنَّه يلزمُهُ نصفُ قيمةِ الولدِ لشريكهِ . وإنْ دفعَ القيمةَ ، ثمَّ ولدتْ . . لم يلزمْهُ نصفُ قيمةِ الولدِ .

وأَمَّا ما يجبُ علىٰ الثاني : فإنْ قُلنا : إنَّ السرايةَ تقعُ في الحالِ ، فقدْ وَطِئَها الثاني وأَحبلَها بعدَ أَنْ صارتْ أُمَّ ولدٍ للأَوَّلِ . . فيلزمُ الثانيَ للأَوَّلِ جميعُ مهرِها ، ويكونُ ولدُهُ حرّاً لِلشُّبهةِ ، ويلزمُهُ جميعُ قيمتِهِ للأَوَّلِ .

وإنْ قُلنا : لا تقعُ السرايةُ إلاّ بعدَ دفعِ القيمةِ ، وكانَ وَطؤُهُ قَبْلَ دفعِ القيمةِ . . وَجبَ علىٰ الثاني نصفُ مهرِها للأَوَّلِ لأَجلِ نصفِه منها ، ويسقطُ عنهُ نصفُ مهرِها لأَجلِ نصفِهِ الذي ٱنفسختِ الكتابةُ فيهِ له ، ويصيرُ الولدُ حرّاً لِلشُّبهةِ ، ويلزمُهُ للأَوَّلِ نصفُ قيمتِهِ ، ويسقطُ عنهُ النصفُ ، ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ وَلدٍ للثاني ؛ لأَنَّه قدِ ٱستحقَّ تقويمَها علىٰ الأَوَّلِ بحكمِ الاستيلادِ ولا ينفذُ ٱستيلادُ الثاني فيها ، فيتقاصَّانِ فيما ٱستويا فيهِ ، ويرجعُ مَنْ لَهُ فَضلُ شيءٍ علىٰ صاحبهِ بما بقيَ لَه ، والحكمُ في الحدِّ والتعزيرِ علىٰ ما مضىٰ .

وإنْ كانَ الأَوَّلُ موسِراً والثاني معسِراً . . فالحكمُ في الأَوَّلِ علىٰ ما مضىٰ .

وأَمَّا الثاني : فإنْ قُلنا : إنَّ إحبالَ الأَوَّلِ يَسري في الحالِ فقدْ وَطئَها الثاني وأَحبلَها بعدَ أَنْ صارتْ أُمَّ وَلدٍ للأَوَّلِ . . فيجبُ عليهِ للأَوَّلِ جميعُ مهرِها . قالَ أَبو إِسحاقَ : ويكونُ الولدُ مملوكاً للأَوَّلِ .

وقالَ ٱبنُ أَبي هريرةَ : يكونُ حرّاً وتثبتُ قيمتُهُ في ذمَّةِ الثاني .

وإنْ قُلنا : إنَّ إِحبالَ الأَوَّلِ لا يَسري إلاَّ بعدَ دفعِ القيمةِ فوَطِئَها الثاني قَبْلَ دفعِ

القيمةِ . . لزمَ الثانيَ للأَوَّلِ نصفُ المهرِ ويسقطُ عنهُ النصفُ .

وعلىٰ قولِ أَبي إِسحاقَ : يكونُ نصفُ ولدِ الثاني حرّاً ونصفُهُ مملوكاً للأَوَّلِ .

وعلىٰ قولِ أَبي عليٍّ : يكونُ جميعُهُ حرّاً ويكونُ في ذمَّةِ الثاني نصفُ قيمتِهِ للأَوَّلِ ، ولا يصيرُ نصيبُ الثاني مِنَ الجاريةِ أُمَّ ولدٍ لَه ؛ لأَنَّه قدِ ٱستحقَّ تقويمَهُ علىٰ الأَوَّلِ .

وإِنْ كانَ الأَوَّلُ معسِراً والثاني موسِراً . . فإِنَّ نصيبَ الأَوَّلِ مِنَ الجاريةِ صارَ أُمَّ ولدٍ لَه ، ولا يَسري إِلىٰ نصيبِ الثاني مِنَ الجاريةِ . وفي ولدِ الأَوَّلِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو إِسحاقَ : يكونُ نصفُهُ حرّاً ونصفُهُ مملوكاً للثاني .

و[الثاني] : قالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : يكونُ جميعُهُ حرّاً ، ويثبتُ في ذمَّتهِ نصفُ قيمتهِ للثاني ، ويجبُ علىٰ الأَوَّلِ نصفُ المهرِ في ذمَّتهِ للثاني .

وأَمَّا الثاني : فيجبُ عليهِ للأَوَّلِ نصفُ مهرِها ، ويسقطُ عنهُ النصفُ ، ويصيرُ نصيبُهُ مِنَ الجاريةِ أُمَّ ولدٍ لَه ، ولا يَسري إِلىٰ نصيبِ الأَوَّلِ مِنَ الجاريةِ ؛ لأَنَّه قد صار أُمَّ ولدٍ للأَوَّلِ .

وأَمَّا ولدُ الثاني : فيكونُ حرّاً وجهاً واحداً ، ويلزمُهُ نصفُ قيمتهِ للأَوَّلِ .

وإِنْ كانا معسِرَينِ . . فعلىٰ كلِّ واحدٍ منهُما لصاحبِهِ نصفُ المهرِ ، ويصيرُ نصيبُ كلِّ واحدٍ منهُما مِنَ الجاريةِ أُمَّ ولدٍ لَه ، ولا يَسري إِلىٰ نصيبِ شريكهِ .

وأَمَّا الوَلدانِ : فعلىٰ قولِ أَبي إِسحاقَ : يكونُ نصفُ وَلدِ كلِّ واحدٍ منهُما حرّاً ، ونصفُهُ مملوكاً لصاحبهِ .

وعلىٰ قولِ أَبي عليٍّ : يكونانِ حرَّينِ ، ويثبتُ في ذمَّةِ كلِّ واحدٍ منهُما نصفُ قيمةِ وَلدهِ لصاحبهِ .

وإِنِ ٱختلفا في السابقِ منهُما ، وكلُّ واحدٍ منهُما يقولُ : أَنا الأَوَّلُ . . فلا يخلو : إِمَّا أَنْ يكونا موسِرَينِ ، أَو معسِرَينِ ، أَو أَحدُهما موسِراً والآخَرُ معسِراً .

فإِنْ كانا موسِرَينِ . . فكلُّ واحدٍ منهُما يُقرُّ لِصاحبهِ بنصفِ قيمةِ الجاريةِ ؛ لأَنَّه يقولُ : أَنا أَحبلتُها أَوَّلاً ، ويَسري الإِحبالُ إِلىٰ نصيبِكَ ، ويقرُّ لَه بنصفِ المهرِ ؛ لأَنَّه

يُقرُّ أنَّه وَطِئَ جاريةً مشتركةً بينَهُ وبينَ غيرِهِ ، ويُقرُّ لَه بنصفِ قيمةِ الولدِ علىٰ القولِ الذي يقولُ : إنَّ السرايةَ لا تقعُ إلاَّ بدفعِ القيمةِ .

وعلىٰ القولِ الذي يقولُ : إنَّ السرايةَ تقعُ في الحالِ . . يقولُ : لا شيءَ عليَّ مِنْ قيمةِ الولدِ ، ويدَّعي كلُّ واحدٍ منهُما علىٰ صاحبِهِ بجميعِ المهرِ وجميعِ قيمةِ الولدِ في أَحدِ القولينِ ـ وهوَ إذا قُلنا : إنَّ السرايةَ تقعُ في الحالِ ـ وبنصفِ المهرِ ونصفِ قيمةِ الولدِ في القولِ الآخَرِ ـ وهوَ إذا قُلنا : إنَّ السرايةَ لا تقعُ إلاَّ بعدَ دفعِ القيمةِ ـ فيسقطُ إقرارُ كلِّ واحدٍ منهُما لِصاحبِهِ بنصفِ قيمةِ الجاريةِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يُكذِّبُ إقرارَ صاحبِهِ لَه بذٰلكَ .

وأَمَّا المهرُ : فكلُّ واحدٍ منهُما يُقرُّ لِصاحبِهِ بنصفِهِ والمقَرُّ لَه يدَّعي جميعَهُ في أَحدِ القولينِ ، وهوَ إذا قُلنا : إنَّ السرايةَ تقعُ في الحالِ ، فيجبُ علىٰ كلِّ واحدٍ منهُما لِصاحبِهِ نصفُ المهرِ الذي ٱتَّفقا عليهِ ، ويحلفُ كلُّ واحدٍ منهُما لِصاحبِهِ علىٰ النصفِ الذي يدَّعيهِ وينكرهُ صاحبُهُ .

وأَمَّا علىٰ القولِ الذي يقولُ : لا يَسري الإحبالُ إلاَّ بدفعِ القيمةِ . . فإِنَّ كلَّ واحدٍ منهُما لا يدَّعي علىٰ صاحبِهِ إلاَّ نصفَ المهرِ ، فكلُّ واحدٍ منهُما يقرُّ لصاحبِهِ بنصفِ المهرِ ، فلا يمينَ علىٰ أَحدِهما للآخَرِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يقرُّ لِصاحبِهِ بما يدَّعيهِ عليهِ .

وأَمَّا قيمةُ الولدينِ : فإِنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يحلفُ لصاحبِهِ بما يدَّعيهِ[1] عليهِ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّا إذا قُلنا : إنَّ الإحبالَ يَسري في الحالِ . . فإِنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يقولُ : أَنا أَحبلتُها أَوَّلاً ويَسري إحبالي ، ووَضعتْهُ في ملكي ، فلا يلزمُني قيمةُ وَلَديَّ[2] ، وأَنتَ أَحبلتَها بعدي وقَد صارتْ أُمَّ وَلَديَّ ، فيلزمُكَ جميعُ قيمةِ ولدِكَ ، فيحلفُ كلُّ واحدٍ منهُما لِصاحبِهِ ـ علىٰ هٰذا ـ أَنَّه لا يَستحقُّ جميعَ قيمةِ الولدِ التي يدَّعيها ولا بعضَها .

---

(١) في (م) : (عما ادعاه) .

(٢) في نسخة : (ولدين) .

وعلىٰ هٰذا القولِ الذي يقولُ : إنَّ الإحبالَ لا يَسري إلاَّ بدفعِ[١] القيمةِ . . فكلُّ واحدٍ منهُما يُقرُّ لِصاحبهِ بنصفِ قيمةِ وَلدِهِ ويدَّعي علىٰ صاحبهِ بنصفِ قيمةِ وَلدِهِ ، فإنْ كانتْ قيمةُ الولدينِ متساويةً ، وقُلنا : يسقطُ ما علىٰ أَحدِهما بمِثلِ ما لَه علىٰ الآخَرِ . . فلا يمينَ علىٰ أَحدِهما . وإنْ كانتْ قيمةُ أَحدِهما أكثرَ . . حلفَ مَنْ كثرتْ قيمةُ ولدِهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ براءةُ ذمَّةِ كلِّ واحدٍ منهُما ممَّا يدَّعيهِ الآخَرُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ هٰذهِ الجاريةَ توقَفُ ولا تَصيرُ أمَّ وَلدٍ لواحدٍ منهُما ؛ لأَنَّ قولَ أَحدِهما ليسَ بأَولىٰ مِنْ قولِ الآخَرِ . ويؤخذانِ بنفقتِهما ، فإنْ ماتَ أَحدُهما . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أَكثرِ أَصحابِنا ، ولَم يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهَ ـ : أَنَّه لا يعتقُ شيءٌ مِنَ الجاريةِ لاحتمالِ أَنْ تكونَ أُمَّ ولدٍ للثاني منهُما خاصَّةً ، ولا يقعُ العتقُ بالشَّكِّ .

والثاني ـ حكاهُ ٱبنُ الصبَّاغِ عَنْ أَبي عليٍّ بنِ أَبي هريرةَ ، وأَبي عليٍّ الطبريِّ ، وٱختارهُ القاضي أَبو الطيِّبِ ـ : أَنَّه يعتقُ نصفُها ؛ لأَنَّ الميِّتَ كانَ قدْ أَقرَّ بأَنَّ نصفَها أُمُّ وَلدٍ لهُ وهيَ في يدِهِ ، فلزمَ ذٰلكَ في حقِّ وَرثتِهِ . ويكونُ وَلاءُ هٰذا النصفِ موقوفاً ، بخلافِ العتقِ ؛ لأَنَّه يبنىٰ علىٰ التغليبِ والسرايةِ .

وإنْ ماتا جميعاً . . حكمَ بعتقِها[٢] بلا خلافٍ ؛ لأَنَّ موتَ سيِّدِها الذي صارتْ أُمَّ ولدٍ لَه منهُما متيقَّنٌ ، ويكونُ وَلاؤُها موقوفاً إِلىٰ أَنْ يتبيَّنَ الحالُ .

فإنْ ماتتِ الجاريةُ بعدَ ذٰلكَ ، فإنْ كانَ لَها وارثٌ مِنْ جهةِ النسبِ يحوزُ ميراثَها . . وَرِثَها ولا كلامَ . وإنْ كانَ وارثُها هو مولاها . . وُقِفَ ميراثُها إِلىٰ أَنْ يصطلحَ عليهِ ورثةُ السيِّدينِ .

وإنْ كانا معسِرَينِ . . فكلُّ واحدٍ منهُما يقرُّ أَنَّ نصيبَهُ مِنَ الجاريةِ أُمُّ ولدٍ لَه والآخَرُ يصدِّقُهُ ؛ لأَنَّ الاستيلادَ معَ الإعسارِ لا يَسري ، وكلُّ واحدٍ منهُما يقرُّ لِصاحبهِ بنصفِ

---

(١) في (م) : (إلىٰ دفع) .
(٢) في نسخة : (بعتقهما) .

المهرِ ويصدِّقُهُ المقرُّ لَه علىٰ ذٰلكَ ، فإن كانا سواءً . . تقاصَّا ، ولا يمينَ بينهُما . وإنْ كانَ علىٰ أَحدِهما فضلٌ . . دفعَ الفضلَ لِصاحبهِ .

وأَمَّا الولدانِ : فعلىٰ قولِ أَبي إِسحاقَ : نصفُ ولدِ كلِّ واحدٍ منهُما حرٌّ ، ونصفُهُ الآخَرُ مملوكٌ لصاحبهِ .

وعلىٰ قولِ أَبي عليٍّ : الولدانِ حرّانِ ، وعلىٰ كلِّ واحدٍ منهُما لِصاحبهِ نصفُ قيمةِ وَلدهِ ، فيتقاصَّانِ فيما ٱستويا ، ويتراجعانِ في الفضلِ ، ولا يمينَ هاهُنا .

فإنْ ماتَ أَحدُهما . . عتقَ نصفُ الجاريةِ ، ويكونُ ولاؤُهُ لِورثتهِ .

ونقلَ الربيعُ في « الأُمِّ » [انظر : ٧/ ٤١٢] : (أَنَّهما إذا ماتا . . كانَ الوَلاءُ موقوفاً ، سواءٌ كانا موسِرَينِ أو معسِرَينِ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : هٰذا خطأٌ في النقلِ ؛ لأَنَّ الوَلاءَ إِنَّما يوقفُ إذا كانا موسِرَينِ ، فأَمَّا إذا كانا معسِرَينِ . . فلا يوقفُ ، كما بيَّنّاهُ .

ومنهُم مَنِ ٱعتذرَ لَه ، وقالَ : أَرادَ بِهِ إذا كانا معسِرَينِ حالَ الموتِ ، وقدْ كانا موسِرَينِ حالَ الإِحبالِ .

وأَمَّا إذا كانَ أَحدُهما موسِراً والآخَرُ معسِراً . . فإِنَّ الموسِرَ يُقرُّ لِلمعسِرِ بنصفِ قيمةِ الجاريةِ ونصفِ مهرِها . ويُقرُّ لَه بنصفِ قيمةِ الولدِ إذا قُلنا : لا يَسري الإِحبالُ إِلاَّ بدفعِ القيمةِ . ولا يقرُّ بشيءٍ مِنْ قيمةِ الولدِ إذا قُلنا : يَسري الإِحبالُ في الحالِ . ويدَّعي علىٰ المقرِّ بجميعِ المهرِ إِذا قُلنا : يَسري الإِحبالُ في الحالِ . ويملكُ الولدَ علىٰ قولِ أَبي إِسحاقَ ، وبقيمتِهِ علىٰ قولِ أَبي عليٍّ بن أَبي هريرةَ وعلىٰ هٰذا القولِ . ولا يدَّعي إِلاَّ بنصفِ المهرِ إذا قُلنا : لا يَسري الإِحبالُ إِلاَّ بدفعِ القيمةِ . وفي الولدِ علىٰ هٰذا القولِ وَجهانِ . فالمعسرُ يقولُ : أَنا وَطئتُ أَوَّلاً ، فعليَّ نصفُ المهرِ ، ونصيبي مِنَ الجاريةِ أُمُّ ولدٍ لي ، وفي ولدي وَجهانِ . وأَنتَ أَيُّها الموسِرُ وَطئتَها بعدي ، فعليكَ لي نصفُ المهرِ ونصيبُكَ أُمُّ ولدِكَ ووَلدُكَ حرٌّ وعليكَ لي نصفُ قيمتهِ ، فيسقطُ إِقرارُ الموسِرِ بنصفِ قيمةِ الجاريةِ لِلمعسِرِ ؛ لأَنَّه يُكذِّبُهُ في ذٰلكَ ، وكلُّ واحدٍ منهُما مقرٌّ لصاحبهِ بنصفِ المهرِ ، ويصادقُهُ المُقَرُّ لَه بهِ فيتقاصَّانِ فيما ٱستويا فيهِ مِنْ ذٰلكَ ، ويحلفُ

المعسِرُ لِلموسِرِ عَنِ النصفِ الباقي مِنَ المهرِ ؛ لأَنَّه قد يدَّعي عليهِ جميعَ المهرِ ـ في أَحدِ القولينِ ـ والمعسِرُ لا يقرُّ لَه إلاّ بالنصفِ .

وأَمَّا ولدُ المعسِرِ : فقد تصادقا علىٰ مِلكِ نصفِهِ للموسِرِ في أَحدِ الوجهينِ ونصفِ قيمتهِ في الآخرِ ، فلا يمينَ علىٰ المعسِرِ في ذٰلكَ ، إلاَّ أَنَّ الموسِرَ يدَّعي مِلكَ جميعِهِ أَو جميعَ قيمتِهِ في أَحدِ القولينِ ، فيحلفُ المعسِرُ لَه علىٰ ذٰلكَ .

وأَمَّا ولدُ الموسِرِ : فإنْ قُلنا : إنَّ الإحبالَ لا يَسري إلاّ بعدَ دفعِ القيمةِ . . لزمَهُ أَنْ يدفعَ نصفَ قيمةِ ولدِهِ إِلىٰ المعسِرِ ؛ لأَنَّه يقرُّ لَه بذٰلكَ وهوَ يدَّعيهِ .

وإِنْ قُلنا : إنَّ الإحبالَ يَسري في الحالِ . . فإِنَّه لا يقرُّ لَه بشيءٍ مِنْ قيمةِ الولدِ ، والمعسِرُ يدَّعي عليهِ بقيمةِ نصفهِ ، فيحلفُ الموسِرُ لَه علىٰ ذٰلكَ .

وأَمَّا الجاريةُ : فإِنَّ نصيبَ الموسِرِ فيها أُمُّ ولدٍ لَه بلا منازعةٍ ، فيكونُ كسبُهُ لَه ونفقتُهُ عليهِ . وأَمَّا نصيبُ المعسِرِ منها : فإِنَّهما يتنازعانِ فيهِ ، فيكونُ نفقتُهُ عليهِما وكسبُهُ لَهما .

فإِنْ ماتَ الموسِرُ . . عتقَ نصيبُهُ وولاؤُهُ لِورثتهِ . فإِنْ ماتَ المعسِرُ أَوَّلاً . . لَم يعتقْ نصيبُهُ قَبْلَ موتِ الموسِرِ ؛ لأَنَّهما يتنازعانِ فيهِ . وإِنْ ماتا . . عتقتِ الجاريةُ ، وكانَ وَلاءُ نصيبِ الموسِرِ لِورثتهِ ؛ لأَنَّهم لا ينازعُهم غيرُهم فيهِ .

وأَمَّا ولاءُ نصيبِ المعسِرِ : فإِنَّه يكونُ موقوفاً بينَ ورثةِ الموسِرِ وورثةِ المعسِرِ . ونقلَ المُزنيُّ في هٰذهِ المسأَلةِ : (أَنَّهما إِذا ماتا . . كانَ الولاءُ موقوفاً) .

قالَ أَصحابُنا : أَرادَ بذٰلكَ ولاءَ نصيبِ المعسِرِ دونَ نصيبِ الموسِرِ لِما بيَّنّاهُ .

مسأَلةٌ : [لا يتبع ولد المكاتبة أمه] :

إِذا كاتبَ أَمةً ثمَّ حَمَلَتْ بعدَ الكتابةِ بولدٍ مِنْ زوجٍ أَو زناً . . فإِنَّ الولدَ يكونُ مملوكاً ولا يتبعُ الأُمَّ في الكتابةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يتبعُ الأُمَّ في الكتابةِ) .

دليلُنا : أَنَّ الكتابةَ عقدٌ يفتقرُ إِلىٰ القَبولِ ، فلَم يتبعِ الولدُ فيهِ الأُمَّ ، كالبيعِ . وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ التدبيرِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فما حكمُ الولدِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّه مملوكٌ للمولىٰ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّه عقدٌ يلحقُهُ الفسخُ ، فلَم يَسرِ حكمُهُ إِلىٰ الولدِ ، كالرهنِ .

فعلىٰ هٰذا : يكونُ كسبُهُ للمولىٰ ، ولَه أَنْ يتصرَّفَ فيهِ بسائرِ التصرُّفاتِ التي يتصرَّفُ بها في سائرِ عبيدِهِ مِنَ البيعِ والاستخدامِ والوطءِ .

والثاني : أَنَّه موقوفٌ علىٰ حكمِ الأُمِّ ، فإِنْ رَقَّتِ الأُمُّ . . رَقَّ معَها . وإِنْ عتقَتْ . . عتقَ ؛ لأَنَّ الكتابةَ سببٌ يستحقُّ بهِ العتقَ ، فتبعَ الولدُ الأُمَّ في ذٰلكَ ، كالاستيلادِ .

فإِذا قُلنا بهٰذا : فالكلامُ في قيمتهِ إِذا قُتِلَ ، وفي كسبهِ ، وفي نفقتهِ ، وفي عتقهِ .

فأَمَّا قيمتُهُ : فإِنَّه إِذا قُتِلَ . . وَجبتْ قيمتُهُ علىٰ القاتلِ ؛ لأَنَّه مملوكٌ يُضمنُ بالقيمةِ ، ولمَنْ تكونُ هٰذهِ القيمةُ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّها للمولىٰ ؛ لأَنَّه تابعٌ لأُمِّهِ ، ولَو قُتِلَتْ أُمُّهُ . . لكانتْ قيمتُها لِمولاها ، فكذٰلكَ قيمةُ ولدِها .

والثاني : أَنَّها تُصرَفُ إِلىٰ المكاتبةِ لتستعينَ بها علىٰ كتابتِها ؛ لأَنَّ السيِّدَ كانَ لا يستحقُّ التصرُّفَ في رقبتهِ معَ كونهِ قِنّاً ، فلا يستحقُّ قيمتَهُ ، فإِذا لَم يستحقَّها السيِّدُ . . كانتْ للأُمِّ ؛ لأَنَّه لا فائدةَ في إِيقافِ القيمةِ .

وأَمَّا كسبُهُ : **فنصَّ الشافعيُّ** رحمهُ اللهُ فيهِ علىٰ قولينِ :

(**أَحدُهما** : أَنَّه للمكاتبةِ ، تستعينُ بهِ علىٰ كتابتِها ؛ لأَنَّ الولدَ تابعٌ لَها وجزءٌ منها .

والثاني : أَنَّه يكونُ موقوفاً كالولدِ ، فإِنْ رَقَّتِ الأُمُّ . . رَقَّ الولدُ ، وكانَ الكسبُ للسيِّدِ . وإِنْ عتقتِ الأُمُّ . . عتقَ الولدُ وكانَ كسبُهُ لَه ؛ لأَنَّه لمَّا كانتْ ذاتُه[1] موقوفةً . . وَجبَ أَنْ يكونَ كسبُهُ موقوفاً) .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ خَرَّجَ في الكسبِ قولاً ثالثاً : أَنَّه يكونُ للسيِّدِ ؛ لأَنَّ كسبَ ولدِ أُمِّ الولدِ للسيِّدِ ، فكذٰلكَ كسبُ ولدِ المكاتبةِ .

---

(١) في نسخة : (إذا كانت أمه) .

ومنهُم مَنْ قالَ : هيَ علىٰ القولينِ الأَوَّلينِ المنصوصِ عليهما .

والفرقُ بينَ ولدِ أمِّ الولدِ وولدِ المكاتبةِ أَنَّ كسبَ أُمِّ الولدِ للسيِّدِ ، فكانَ كسبُ ولدِها لَه ، وكسبَ المكاتبةِ لا يملكُهُ السيِّدُ ، فلَم يكنْ لَه كسبُ ولدِها .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإنْ جُنيَ علىٰ أَعضاءِ هٰذا الولدِ . . وَجبَ الأَرشُ علىٰ الجاني ، وكانَ ككسبِ الولدِ علىٰ ما ذكرناهُ .

وإنْ قُلنا : إنَّ الكسبَ موقوفٌ فماتَ الولدُ قَبْلَ عتقِ الأُمِّ أَو عجزِها . . كانَ كسبُهُ كقيمتهِ إذا قُتِلَ ، علىٰ ما مضىٰ مِنَ القولينِ .

وإنْ أَشرفتِ[1] الأُمُّ علىٰ العجزِ ، وقُلنا : إنَّ كسبَ الولدِ موقوفٌ . . فهلْ للأُمِّ أَنْ تأْخذَهُ لتؤَدِّيَهِ للمولىٰ فتعتقَ به ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لَها ذٰلكَ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ حظّاً للولدِ ؛ لأَنَّها إذا عتقتْ . . عتقَ الولدُ .

والثاني : ليسَ لَها أَنْ تأخذَهُ ؛ لأَنَّ الكسبَ ليسَ بمملوكٍ لَها ، وإنَّما هوَ موقوفٌ علىٰ السيِّدِ أَوِ الولدِ .

وأَمَّا نفقةُ الولدِ : فإنْ قُلنا : إنَّ كسبَهُ للسيِّدِ . . كانتْ نفقتُهُ عليهِ .

وإنْ قُلنا : إنَّ كسبَهُ لأُمِّهِ . . كانتْ نفقتُهُ عليها .

وإنْ قُلنا : إنَّ كسبَهُ موقوفٌ . . كانتْ نفقتُهُ في كسبهِ . وإنْ لَم يفِ كسبُهُ بنفقتِه . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجبُ تمامُها علىٰ السيِّدِ ؛ لأَنَّ المغلَّبَ في ذٰلكَ حظُّهُ ؛ لأَنَّه موقوفٌ عليهِ ليتملَّكَهُ .

والثاني : يجبُ تمامُها في بيتِ المالِ ؛ لأَنَّ السيِّدَ لا يملكُهُ ، فلا يلزمُهُ الإنفاقُ عليهِ ، فيكونُ محتاجاً ليسَ لَه مَنْ ينفقُ عليهِ ، فوَجبتْ نفقتُهُ في بيتِ المالِ .

وأَمَّا عتقُهُ : فإنَّ السيِّدَ إذا أَعتقَ هٰذا الولدَ قَبْلَ عَجزِ الأُمِّ أَو عتقِها ، فإنْ قُلنا : إنَّ كسبَهُ وقيمتَهُ للسيِّدِ ، أَو قُلنا : إنَّه موقوفٌ وليسَ لَها أَنْ تستعينَ بهِ إذا عجزتْ . . نفذَ

---

(١) في (م) : (أُرِقَّت) .

عتقُهُ ؛ لأنَّه ليسَ في ذٰلكَ إِضرارٌ بغيرِهِ . وإِنْ قُلنا : إِنَّ كسبَهُ وقيمتَهُ للأُمِّ . . لَم ينفذْ عتقُهُ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ إِسقاطَ حقِّها مِنَ الكسبِ والقيمةِ .

فرعٌ : [ولدُ المكاتبة جارية] :

وإِنْ كانَ ولدُ المكاتبةِ جاريةً ، وقُلنا : إِنَّ ولدَ المكاتبةِ موقوفٌ . . فلا يجوزُ للسيِّدِ وَطؤُها ، كما لا يجوزُ لَه وَطءُ أُمِّها ، فإِنْ خالفَ ووَطئَها . . فلا حدَّ عليهِ ، كما لَو وَطِىءَ أُمَّها .

فإِنْ كانا عالمَينِ بالتحريمِ . . عزِّرا . وإِنْ كانا جاهلَينِ . . لَم يُعزَّرا .

وإِنْ كانَ أَحدُهما عالماً والآخَرُ جاهلاً . . عزِّرَ العالمُ منهُما دونَ الجاهلِ .

وأَمَّا المهرُ : فإِنْ قُلنا : إِنَّ الكسبَ للسيِّدِ . . فلا مهرَ عليهِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّ الكسبَ للأُمِّ . . وَجبَ عليهِ المهرُ للمكاتبةِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّه موقوفٌ . . أُخِذَ منهُ المهرُ ووُقِفَ .

وإِنِ ٱفتضَّها أَو أَفضاها . . كانَ أَرشُ الافتضاضِ وقيمتُها للإِفضاءِ ككسبِها علىٰ ما مضىٰ .

وإِنْ أَحبلَها . . كانَ ولدُهُ منها حرّاً ، ويلحقُهُ نسبُهُ ، وتصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه ؛ لأَنَّها حملتْ منهُ بِحُرٍّ في مِلكهِ .

وأَمَّا قيمتُها : **فقالَ أَكثرُ أَصحابِنا** : لا يجبُ عليهِ قيمتُها ؛ لأَنَّ القيمةَ تجبُ لمَنْ يملكُها ، والأُمُّ لا تملكُها .

وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وينبغي أَنْ يكونَ في قيمتِها قولانِ هاهُنا ، كما لَو أُتلفَتْ . ولا يجبُ عليهِ قيمةُ ولدِها ؛ لأَنَّها تضعُهُ في مِلكهِ .

وإِنْ كانَ للمكاتبةِ أَمةٌ . . لَم يَجزْ للسيِّدِ وَطؤُها ؛ لأَنَّها مِلكٌ للمكاتبةِ .

فإِنْ خالفَ ووَطِئَها . . فلا حدَّ عليهِ لشبهةِ المِلكِ ؛ لأَنَّه يملكُ مالكَها ، ويجبُ عليهِ المهرُ ، ويدفعُهُ إِلىٰ المكاتبةِ ؛ لأَنَّ كسبَ جاريتِها لَها .

وإنْ أَحبلَها . . صارَ ولدُهُ منها حرّاً ، ولَحقَهُ نسبُهُ ، وصارتْ أُمَّ ولدٍ لَه ، ويجبُ عليهِ قيمتُها للمكاتبةِ ، ولا يجبُ عليهِ لَها قيمةُ ولدِها ؛ لأَنَّها تضعُهُ في مِلكهِ .

فرعٌ : [ولد ولد المكاتبة] :

وأَمَّا ولدُ ولدِ المكاتبةِ : فإِنَّ الشافعيَّ قالَ : (وَولدُ البناتِ كالبناتِ ، ووَلدُ البنينَ كالأُمَّهاتِ) يريدُ : أَنَّ وَلدَ بنتِ المكاتبةِ حكمُهُ حكمُ أُمِّهِ ، ووَلدَ ٱبنِ المكاتبةِ حكمُهُ حكمُ أُمِّهِ دونَ أَبيهِ .

وقالَ أَبو يوسفَ ومحمَّدٌ : ولدُ البنتِ يكونُ داخلاً في كتابةِ جدَّتهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يدخلُ في كتابةِ أُمِّهِ دونَ جدَّتهِ) .

ودليلُنا : أَنَّ الولدَ مِنْ كسبِ أُمِّهِ ، والأُمَّ تابعةٌ للمكاتبةِ ، فكذٰلكَ وَلدُها ، كسائرِ أَكسابِها . ونحنُ نريدُ بذٰلكَ في حكمِ الكتابةِ لا في الكتابةِ .

مسأَلةٌ : [حبس المكاتب ومنعه عن التصرف] :

وإِذا كاتبَ الرجلُ عبداً لَه علىٰ مالٍ معلومٍ إِلىٰ أَجلٍ ، ثمَّ إِنَّ السيِّدَ حبسَ المكاتبَ ومنعَهُ عَنِ التصرُّفِ مدَّةً . . ففيهِ قولانِ منصوصانِ في « الأُمِّ » :

(**أَحدُهما** : يلزمُهُ أَنْ يخلِّيَهُ مثلَ تلكَ المدَّةِ التي حبسَهُ فيها ليكتسبَ فيها ؛ لأَنَّه دخلَ معَهُ في عقدٍ علىٰ أَنْ يمكِّنَهُ مِنَ التصرُّفِ تلكَ المدَّةَ التي شَرطَها ، فلزمَهُ الوفاءُ بذٰلكَ) .

والثاني : يلزمُهُ أُجرةُ مِثلهِ في مِثلِ تلكَ المدَّةِ التي شَرطَها ، فلزمَهُ الوفاءُ بذٰلكَ .

وهوَ الأَصحُّ ؛ لأَنَّ المنافعَ تُضمَنُ بالأُجرةِ ولا تُضمَنُ بالمِثلِ ، فهوَ كما لَو غصبَ مِنْ رجلٍ مالاً : داراً أَو عبداً .

فرعٌ : [أخذُ الأعداء المكاتب لا يمنع الملك] :

وإِنْ كاتبَ مسلِمٌ عبداً لَه ، ثمَّ ظَهرَ المشركونَ علىٰ الدارِ وأَخذوا المكاتبَ . . فإِنَّهم لا يملكونُهُ بالأَخذِ .

فإنْ حبَسوهُ مدَّةً ، ثمَّ خلصَ مِنْ أيديهِم . . فٱختلفَ أصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أحدُهما : يلزمُ السيِّدَ أَنْ يخلِّيَهُ مثلَ تلكَ المدَّةِ التي حبسَهُ المشركونَ فيها .

والثاني : لا يلزمُهُ تخليتُهُ ؛ لمَا ذكرناهُ في التي قَبْلَها . فأَمَّا الأُجرةُ : فإنَّها لا تجبُ علىٰ السيِّدِ ؛ لأَنَّه لَم يَحبِسْهُ بنفْسِهِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : لا يلزمُهُ تخليتُهُ للاكتسابِ هاهُنا قولاً واحداً .

والفرقُ بينَ هٰذهِ والتي قَبْلَها : أَنَّ السيِّدَ هناكَ حَبَسَ المكاتبَ وهاهُنا لَم يَحبِسْهُ ، ولا لَه في حَبْسِهِ فعلٌ .

فإنْ قُلنا : لا يلزمُهُ تخليتُهُ ، فإنْ لَم يحلَّ عليهِ نجمٌ . فليسَ لَه مطالبتُهُ . وإنْ كانَ قدْ حلَّ عليهِ نجمٌ ، فإنْ كانَ معَهُ مالٌ وأَدَّاهُ . . عتقَ . وإنْ لَم يكنْ معهُ مالٌ . . فللسيِّدِ أَنْ يُعجِّزَهُ ويفسخَ الكتابةَ .

وإنْ قُلنا : يلزمُهُ تخليتُهُ ، ففعلَ ، وٱكتسبَ مالاً وأَدَّاهُ . . عتقَ .

وإنِ ٱنقضتِ المدَّةُ ولا مالَ معَهُ . . فللسيِّدِ أَنْ يفسخَ الكتابةَ .

مسألةٌ : [إيتاء السيد شيئاً للمكاتب] :

قالَ الشافعيُّ : (ويُجبرُ السيِّدُ علىٰ أَنْ يضعَ مِنْ كتابتهِ شيئاً)[1] .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ الإيتاءَ في الكتابةِ واجبٌ عندنا ، وهوَ : أَنْ يحطَّ عنهُ السيِّدُ شيئاً مِنْ مالِ الكتابةِ ، أَو يدفعَ إِليهِ ما يستعينُ بهِ في أَداءِ مالِ الكتابةِ . وبهِ قالَ أَحمدُ .

---

(١) في حاشية نسخة : (وأحسبه قال : من آخر نجومه . وروي عن ابن عمر [في « أحكام القرآن » (٢/ ١٧١) و« الأم » (٧/ ٣٦٤)] : أنه قال في هٰذه الآية ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمۡ ﴾ [النور : ٣٣] يقول الله تعالىٰ : (ضعوا عنهم من مكاتبتهم) [وفيهما قال : فيجبر سيد المكاتب علىٰ أن يضع عنه مما عقد عليه الكتابة شيئاً ، وإذا وضع عنه شيئاً ما كان . . لم يجبر علىٰ أكثر منه] . وعن فضالة قال : كاتبني عمر فاستقرض من حفصة مئتي درهم فأعانني بها ، فذكرت ذٰلك لعكرمة فقال : هو قوله تعالىٰ ، وساق الآية . من « شرح التنبيه » لابن الرفعة) .

وقالَ مالكٌ وأَبو حنيفةَ : (الإِيتاءُ مستحبٌّ غيرُ واجبٍ) .

دليلُنا : قولُه تعالىٰ : ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور : ٣٣] وهٰذا أَمرٌ ، والأَمرُ يقتضي الوجوبَ .

ورويَ عَنْ عليٍّ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّه قالَ في هٰذهِ الآيةِ : (ضعوا عنهُ ربعَ مالِ الكتابةِ)[١] .

وعنِ ٱبنِ عبّاسٍ في هٰذهِ الآيةِ : أَنَّه قالَ : (ضعوا عنهُم مِنْ مكاتبتِهِم شيئاً)[٢] .

وعنِ ٱبنِ عمرَ : (أَنَّه كاتبَ عبداً له بخمسةٍ وثلاثينَ أَلفاً ، فأَخذَ منهُ ثلاثينَ أَلفاً ، وتركَ خمسةَ آلافٍ)[٣] .

إذا ثَبتَ هٰذا : فالكلامُ في الإِيتاءِ في أَربعةِ مواضع :

---

(١) أخرج خبر علي المرتضىٰ عن عطاء النسائي في « السنن الكبرىٰ » (٥٠٣٦) ، ومن طريق أبي عبد الرحمن السلمي النسائي أيضاً (٥٠٣٧) و(٥٠٣٨) في العتق ، باب : تأويل قول الله جل ثناؤه ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ﴾ ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٥٥٩٠) و (١٥٥٩١) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٣٩٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢٣٩) في العتق .

ورواه عن علي مرفوعاً النسائي في « الكبرىٰ » (٥٠٣٤) و(٥٠٣٥) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٥٥٨٩) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٣٩٧) . وأورده الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/ ٢٣٩) وقال : وصحح الموقوف النسائي ، كذا قال البيهقي والدارقطني . قال عبد الحق : ورواه ابن جريج عن عطاء بن السائب عن السلمي مرفوعاً ، وابن جريج إنما سمع من عطاء بعد الاختلاط ، ورواية الوقف أصح .

(٢) أخرجه عن ابن عباس الطبري في « التفسير » (٢٦٠٥٥) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٣٠) وذكره ابن كثير في « التفسير » (٣/ ٢٨٨) ، والسيوطي في « الدر المنثور » (٥/ ٨٢) وزاد نسبته إلىٰ سعيد بن منصور وابن المنذر وابن أبي حاتم .

(٣) أخرج خبر ابن عمر الشافعي في « الأم » (٧/ ٣٦٤) والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٣٠) في العتق . ورواه عن ابن عمر بلاغاً مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٨٨) . وروىٰ عن ابن عمر عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٥٩٥) والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٣٠) : (كان ابن عمر إذا كاتب عبداً . . كره أن يضع عنه في أول نجومه إلا في آخره ؛ مخافة أن يعجز) .

أَحدُها : في وقتِ جوازِهِ .

والثاني : في وقتِ وجوبِهِ .

والثالثُ : في قَدْرِهِ .

والرابعُ : في جِنسهِ .

فأَمَّا وقتُ جوازِهِ : فمِنْ بعدِ عقدِ الكتابةِ إِلىٰ حينِ أَداءِ مالِ الكتابةِ ؛ لعمومِ الآيةِ ، ولأَنَّ القصدَ إِعانتُهُ علىٰ الأَداءِ ، وذٰلكَ يحصلُ كلَّ وقتٍ مِنْ هٰذهِ الأَوقاتِ .

وأَمَّا وقتُ وجوبِهِ : ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجبُ إِلاَّ بعدَ العتقِ ؛ لأَنَّه مشبَّهٌ بالمتعَةِ في الطلاقِ ، والمُتْعَةُ لا تجبُ إِلاَّ بعدَ الطلاقِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ـ : أَنَّه يتعيَّنُ وجوبُهُ إِذا أَدَّىٰ أَكثرَ مالِ الكتابةِ وبقيَ عليهِ قَدْرُ الإِيتاءِ ؛ لأَنَّه إِذا آتاهُ وقدْ بقيَ عليهِ أَكثرُ مِنْ قَدْرِ الإِيتاءِ ربَّما عجَّزَ نفْسَهُ بعدَ ذٰلكَ ، فلا يحصلُ المقصودُ بالإِيتاءِ .

وأَمَّا قَدْرُهُ : ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ـ : أَنَّ الإِيتاءَ يختلفُ باختلافِ مالِ الكتابةِ ، فإِنْ كثُرَ مالُ الكتابةِ . . كثُرَ الإِيتاءُ . وإِنْ قلَّ مالُ الكتابةِ . . قلَّ الإِيتاءُ .

هٰكذا حكاهُ الشيخانِ : أَبو حامدٍ ، وأَبو إِسحاقَ عَنْ أَبي إِسحاقَ ، وحكاهُ ابنُ الصَّبّاغِ عنهُ[1] : أَنَّ الإِيتاءَ يختلفُ بيسارِ المكاتبِ وإِعسارِهِ .

فإِنْ تراضيا علىٰ قَدْرِ الإِيتاءِ . . فلا كلامَ ، وإِلاَّ . . رفعاهُ إِلىٰ الحاكمِ ؛ ليُقَدِّرَهُ باجتهادِهِ ، كما قُلنا في المتعةِ .

والثاني ـ **وهوَ المنصوصُ** ـ : (أَنَّه يُجزِئُ السيِّدَ مِنْ ذٰلكَ ما يقعُ عليهِ الاسمُ مِنْ قليلٍ أَو كثيرٍ) ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾ [النور : ٣٣] وهٰذا عمومٌ يقعُ علىٰ القليلِ والكثيرِ .

---

(١) في (م) : (عن أبي إسحاق) .

وأمَّا جِنسهُ : فإنْ حطَّ عنهُ بعضَ مالِ الكتابةِ . . أجزأهُ . وإنْ أخذ منهُ مالَ الكتابةِ ثمَّ دفعَ إليهِ بعضَ ما أخذَ منهُ . . جازَ ؛ لأنَّ اللهَ أمرَ بالإيتاءِ ، وحقيقةُ الإيتاءِ تقعُ علىٰ الدفعِ ، والحطُّ أولىٰ مِنَ الدفعِ ؛ لأنَّ فيهِ معنىٰ الإيتاءِ وزيادةً ، ولأنَّه أنفعُ له مِنَ الدفعِ ؛ لأنَّه لَم يتكلَّفِ المشقَّةَ في تحصيلهِ ، ولأنَّ الصحابةَ رضيَ اللهُ عنهُم فسَّروا الإيتاءَ بالحطِّ علىٰ ما تقدَّمَ .

فإنْ كاتبَهُ علىٰ دراهمَ فأعطاهُ السيِّدُ دنانيرَ ، أو كاتبَهُ علىٰ دنانيرَ فأعطاهُ السيِّدُ دراهمَ . . لَم يُجبَرِ العبدُ علىٰ قبولهِ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ وهٰذا آتاهُ مِنْ غيرِ المالِ الذي آتاهُ .

وإنْ كاتبَهُ علىٰ دراهمَ فأعطاهُ السيِّدُ دراهمَ مِنْ غيرِ المالِ الذي أعطاهُ المكاتبُ . . فهلْ يلزمُ العبدَ المكاتبَ قَبولُها ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يلزمُهُ قَبولُها ، كما لَو أخرجَ الزكاةَ مِنْ غيرِ المالِ الذي وَجبتْ فيهِ الزكاةُ ، إلاَّ أنَّه مِنْ جنسهِ .

والثاني : لا يلزمُهُ قَبولُه ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ وفسَّرَتْهُ الصحابةُ رضيَ اللهُ عنهُم : بحطِّ بعضِ مالِ الكتابةِ ، فدَلَّ علىٰ أنَّ الإيتاءَ يختصُّ بنفسِ مالِ الكتابةِ .

فرعٌ : [أداء مال الكتابة قبل حلول الأجل] :

وإنْ أدَّىٰ المكاتبُ جميعَ مالِ الكتابةِ قبْلَ الإيتاءِ . . عتقَ ولزمَ المولىٰ أنْ يدفعَ إليهِ ؛ لأنَّ لكلِّ واحدٍ منهُما علىٰ صاحبهِ حقّاً ، فلا يسقطُ حقُّهُ بأداءِ ما عليهِ ، كما لَو كانَ لكلِّ واحدٍ منهُما علىٰ الآخرِ دَينٌ فقضىٰ أحدُهما صاحبَهُ دينَهُ .

وإنْ ماتَ المولىٰ قبْلَ الإيتاءِ . . لَم يسقطِ الإيتاءُ ؛ لأنَّه حقٌّ واجبٌ لآدميٍّ ، فلَم يَسقطْ بموتهِ ، كالدَّينِ .

فإنْ كانَ مالُه يفي بدَينٍ ـ إنْ كانَ عليهِ ـ وبالإيتاءِ . . ٱستُوفيَ ذٰلكَ مِنْ تركتِهِ .

وإنْ كانَ عليهِ دينٌ وأوصىٰ بوَصايا ، فإنْ كانَ مالُه يفي بالدَّينِ والوَصايا والإيتاءِ . .

ٱستُوفيَ ذٰلكَ كلُّه مِنْ تركتهِ . وإنْ كانَ مالُه لا يفي بذٰلكَ كلِّهِ . . فنقلَ المُزنيُّ : (أنَّ المكاتبَ يحاصُّ أَهلَ الدَّينِ والوَصايا) وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ :

فمنهُم مَنْ ذهبَ إِلىٰ ظاهرِ ما نقلَهُ المُزنيُّ ، وأَنَّ المكاتبَ يحاصُّ أَصحابَ الوَصايا ؛ لأَنَّ الإِيتاءَ غيرُ مقدَّرٍ وضعفَ أَمرهُ وإِنْ كانَ واجباً ، فساوىٰ أَصحابَ الوَصايا .

ومنهُم مَنْ قالَ : يقدَّمُ الإِيتاءُ علىٰ الوَصايا ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّه دَينٌ ، والدَّينُ مقدَّمٌ علىٰ الوَصايا . وتأَوَّلوا ما نقلَهُ المُزنيُّ ثلاثَ تأويلاتٍ :

أَحدُها : أَنَّه أَرادَ أَنَّ الإِيتاءَ مقدَّمٌ علىٰ الميراثِ ، كما يقدَّمُ الدَّينُ والوَصايا عليهِ ؛ لأَنَّه أَرادَ أَنَّ الإِيتاءَ يُسوِّيَ بينَهُ وبينَ الوَصايا .

والثاني : أَنَّه أَرادَ بذٰلكَ إِذا كانَ قد ثبتَ عليهِ دَينٌ بالبيِّنةِ ودَينٌ بالوصيَّةِ ، فإِنَّ المكاتبَ يساوي أَصحابَ الدَّينِ الذين ثبتَ دَينُهم بالوصيَّةِ ، كما يساوي أَصحابَ الدَّينِ الذينَ ثبتَ دَينُهم بالبيِّنةِ .

والثالثُ : أَنَّه أَرادَ بذٰلكَ : إِذا كانَ قد أَوصىٰ لِلمكاتبِ بزيادةٍ علىٰ قَدْرِ الواجبِ لَه مِنَ الإِيتاءِ . . فإِنَّه يحاصُّ بالقَدْرِ الواجبِ مِنْ غيرِ الوصيَّةِ أَهلَ الدَّينِ ، ويحاصُّ بِما زادَ عليهِ أَهلَ الوَصايا ؛ لأَنَّه وَجبَ لَه بالوصيَّةِ .

فرعٌ : [قول السيد رقيقي أحرار] :

إِذا قالَ : مماليكي ، أَو رقيقي أَحرارٌ . . عتقَ كلُّ عبدٍ لَه ومدبَّرٍ وأُمِّ ولدٍ .

وإِنْ كانَ لَه مكاتبٌ . . فنقلَ المُزنيُّ : (أَنَّه لا يعتقُ) .

وقالَ الربيعُ : سماعي عَنِ الشافعيِّ رحمهُ اللهُ : (أَنَّه يعتقُ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يعتقُ قولاً واحداً ، وما قالَهُ الربيعُ مِنْ تخريجِهِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ؛ لأَنَّه أَخبرَ أَنَّه سماعُهُ :

أَحدُهما : أَنَّه يعتقُ عليهِ ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱلْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » ، ولأَنَّه مملوكٌ ، فكانَ مملوكاً لسيِّدهِ .

والثاني : لا يعتقُ ؛ لأنَّه كالخارجِ عَنْ مِلكِ سيِّدهِ ، فلا يتصرَّفُ في رقبتهِ ولا في منفعتهِ ، ولا يستحقُّ كلٌّ واحدٍ منهُما حقّاً علىٰ صاحبهِ ، فلَم يدخلْ في ٱسمِ مماليكيهِ ولا رقيقهِ ، كالحُرِّ . ومَنْ قالَ بهٰذا . . قالَ : المكاتبُ مملوكٌ لا مالكَ لَه ، كستارةِ الكعبةِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ يقولُ : هوَ مملوكٌ لنفسِهِ ولا يعتقُ عليهِ ؛ لأنَّه لَم يكملْ ملكهُ ، كما إِذا ٱشترىٰ عبداً . . فإنَّه يملكهُ ولا ينفذُ عتقُهُ فيهِ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

بابُ الأَداءِ والعَجْزِ

ولا يعتقُ المكاتبُ ولا شيءٌ منهُ بالكتابةِ حتَّىٰ يؤَدِّيَ جميعَ مالِ الكتابةِ . وبهِ قالَ عمرُ ، وٱبنُ عمرَ ، وزيدُ بنُ ثابتٍ ، وعائشةُ ، وأُمُّ سلمةَ ، وٱبنُ المسيِّبِ ، والحسنُ البصريُّ ، والزهريُّ ، ومالكٌ ، والثوريُّ ، وأَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ .

وقالَ ٱبنُ مسعودٍ : (إذا أَدَّىٰ قَدْرَ قيمتِهِ . . عتقَ ، وكانَ زعيماً بالباقي بعدَ عتقهِ)[1] .

ورويَ عَنْ عليٍّ رضيَ اللهُ عنهُ روايتانِ :

إحداهُما : (أَنَّه إذا أَدَّىٰ نصفَ ما عليهِ . . عتقَ كلُّه ، وطُولِبَ بالباقي .

والثانيةُ : أَنَّه يعتقُ منهُ بقدرِ ما يؤَدِّي)[2] .

وقالَ ٱبنُ سريجٍ : إذا أَدَّىٰ ثلثَ ما عليهِ . . عتقَ كلُّه وأَدَّىٰ الباقيَ في حالِ حرِّيَّتهِ .

ودليلُنا : ما روىٰ عَمرو بنُ شعيبٍ عَنْ أَبيهِ ، عَنْ جدِّهِ ، أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « ٱلْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ » .

---

(١) أورد القلعجي في « فقه عبد الله بن مسعود » (ص/٢٤٧) روايات : وقال في خامسها : وهي توافق الصحيحة عن عمر رضي الله عنه : أنه إذا أدىٰ قيمته فهو حر ، ونسب القول إلىٰ ابن حزم في « المحلىٰ » (٩/ ٣٣٠) و« آثار أبي يوسف » (٨٦١) .

(٢) أخرج خبر الفتىٰ علي بنحوه النسائي في « الكبرىٰ » (٥٠٢٣) في العتق ، باب : ذكر المكاتب يؤدي بعض كتابته .

وروواه عن علي المرتضىٰ مرفوعاً النسائي في « الكبرىٰ » (٥٠٢٢) ، وفي الباب :

رواه عن ابن عباس أبو داود (٤٥٨٢) في الديات ، والترمذي (١٢٥٩) في البيوع ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٠٢١) في العتق ، و« الصغرىٰ » (٤٨١١) في القسامة وفيه لفظ : « إذا أصاب المكاتب حدّاً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ، وأقيم عليه الحدّ بحسب ما عتق منه » . وعند الترمذي : « يؤدي المكاتب بحصته ما أدّىٰ دية حر ، وما بقي دية عبد » . قال الترمذي : هذا حديث حسن .

ولأنَّه علَّقَ عتقَهُ علىٰ دفعِ مالٍ ، فلَم يعتقْ قَبْلَ أداءِ جميعِهِ ، كما لَو قالَ لعبدِهِ : إنْ أَدَّيتَ إِليَّ أَلفاً . . فأنتَ حرٌّ .

مسأَلةٌ : [إبراء أحد المكاتِبين] :

وإنْ كاتبَ رَجلانِ عبداً بينهُما كتابةً صحيحةً ، ثمَّ أبرأَهُ أَحدُهما ممَّا عليهِ ، أَو أَعتقَ نصيبَهُ منهُ . . عتقَ عليهِ ، كما لَو كاتبَ عبداً فأَبرأَهُ مِنْ مالِ الكتابةِ أَو أَعتقَهُ . وهلْ يقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ إنْ كانَ موسِراً ؟

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يقوَّمُ عليهِ قولاً واحداً ، كغيرِ المكاتبِ .

وقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : يجبُ أَنْ يكونَ التقويمُ علىٰ قولينِ ، كما قُلنا في الشريكينِ إذا دبَّرا عبداً بينهُما ، ثمَّ أَعتقَ أَحدُهما نصيبَهُ .

فإِذا قُلنا : يقوَّمُ عليهِ . . فمتىٰ يقوَّمُ عليهِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يقوَّمُ عليهِ في الحالِ ؛ لأَنَّ التقويمَ لحظِّ العبدِ ، والحظُّ لَه بالتقويمِ في الحالِ لتتعجَّلَ لَه الحرِّيَّةُ ، فقوِّمَ في الحالِ ، كغيرِ المكاتبِ .

والثاني : يؤَخَّرُ التقويمُ إِلىٰ أَنْ يعجزَ العبدُ ؛ لأَنَّ التقويمَ في الحالِ يُسقِطُ ما ثبتَ للآخَرِ مِنْ وَلاءِ نصفهِ ، فتأَخَّرَ التقويمُ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ أَدَّىٰ ما بقيَ عليهِ مِنْ مالِ الكتابةِ . . عتقَ نصيبُ السيِّدِ الذي لَم يعتقْ عليهِ ، وكانَ الوَلاءُ بينهُما . وإِنْ عجزَ . . قوِّمَ نصيبُ الشريكِ الذي لَم يعتقْ علىٰ المعتِقِ ، وعتقَ عليهِ ، وكانَ لَه وَلاءُ جميعِهِ .

فرعٌ : [لا تنفسخ الكتابة بموت السيد] :

وإنْ كاتبَ رجلٌ عبداً ، وماتَ السيِّدُ قَبْلَ الأَداءِ ، وخلَّفَ ٱبنينِ . . فإِنَّ الكتابةَ لا تنفسخُ بموتِ السيِّدِ ؛ لأَنَّها لازمةٌ مِنْ جهتهِ . فإِنْ أَدَّىٰ مالَ الكتابةِ إِليهما . . عتقَ ؛ لأَنَّهما قائمانِ مقامَ الأَبِ فيعتقُ بالأَداءِ إِليهما ، كما يعتقُ بالأَداءِ إِلىٰ الأَبِ . ويكونُ الوَلاءُ لأَبيهما ؛ لأَنَّه عتقَ بسببٍ منهُ وينتقلُ إِليهما ، فإِنْ عجزَ . . فسخا الكتابةَ وعادَ

رقيقاً لهُما . وإِنْ أَرادَ أَنْ يؤدِّيَ مالَ الكتابةِ إِلىٰ أَحدِهما دونَ الآخَرِ . . لَم يَجزْ ؛ لأَنَّ الحقَّ لَهُما ، فلا يجوزُ أَنْ يُفرِدَ أَحدَهما بالأَداءِ .

فإِنْ خالفَ وأَدّىٰ مالَ الكتابةِ إِلىٰ أَحدِهما . . فهلْ يعتقُ نصيبُهُ ؟

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فيهِ قولانِ .

وإِنْ أَعتقَ أَحدُهما نصيبَهُ منهُ ، أَو أَبرأَهُ ممّا لَه عليهِ . . برىءَ ممّا له عليهِ ، وعتقَ نصيبُهُ منهُ . وبهِ قالَ أَحمدُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يعتقُ إِلاَّ بأَداءِ جميعِ مالِ الكتابةِ) .

دليلُنا : أَنَّه أَبرأَهُ مِنْ جميعِ ما له عليهِ ، فعتقَ نصيبُهُ منهُ ، كما لَو كاتبَ عبداً لَه وأَبرأَهُ مِنْ مالِ الكتابةِ .

وهلْ يقوَّمُ عليهِ نصيبُ أَخيهِ إِنْ كانَ موسِراً ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يقوَّمُ عليهِ ؛ لأَنَّه إِذا أَبرأَهُ . . عتقَ بحكمِ الكتابةِ ، والكتابةُ إِنَّما كانتْ مِنَ الميِّتِ ، بدليلِ أَنَّ الوَلاءَ لَه فيهِ ، فلا يجوزُ أَنْ يقوَّمَ علىٰ الابنِ .

والثاني : يقوَّمُ عليهِ نصيبُ أَخيهِ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ الحرِّيَّةَ تعجَّلتْ لَه بإِعتاقِ الابنِ أَو إِبرائهِ ، فقوِّمَ عليهِ ، كما لَو كانَ عبد بين ٱثنينِ فأَعتقَ أَحدُهما نصيبَهُ فيهِ وهوَ موسِرٌ .

وما ذَكَرهُ الأَوَّلُ لا يدلُّ علىٰ عدمِ التقويمِ ؛ لأَنَّه قد يقعُ العتقُ والوَلاءُ لشخصٍ ويكونُ التقويمُ علىٰ غيرِهِ ، أَلا ترىٰ أَنَّ رجلاً لو قالَ لأَحدِ الشريكينِ في العبدِ : أَعتِقْ نصيبَكَ عنِّيَ علىٰ أَلفٍ ، فأَعتقَهُ عنهُ . . فإِنَّه يعتقُ عَنِ السائلِ نصيبُ المعتِقِ ، ويكونُ الوَلاءُ لَه بهِ ، ويَسري فيهِ العتقُ إِلىٰ نصيبِ الشريكِ ، ويجبُ تقويمُه علىٰ الشريكِ المباشرِ للعتقِ ؟

فإِذا قُلنا : لا يقوَّمُ عليهِ . . عتقَ نصيبُ المعتِقِ وبقيَ نصيبُ أَخيهِ علىٰ الكتابةِ ، فإِنْ أَدّىٰ إِليهِ ما يخصُّهُ مِنْ مالِ الكتابةِ . . عتقَ ، وكانَ وَلاءُ جميعِهِ للميِّتِ ، وينتقلُ إِلىٰ عَصباتِهِ . وإِنْ عجزَ . . كانَ للأَخِ الذي لَم يُعتِقْ فسخُ الكتابةِ في نصفهِ ، فيعودُ رقيقاً لَه ويكونُ نصفُهُ حرّاً ، ولِمَنْ يكونُ وَلاءُ ذٰلكَ النصفِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يكونُ بينَ الاثنينِ نصفينِ ؛ لأَنَّه عتقَ بالكتابةِ علىٰ الأَبِ ، فأنتقلَ إِليهِما .

والثاني : يكونُ للابنِ الذي أَعتقَهُ أَو أَبرأَهُ ؛ لأَنَّه الذي يَجرُّ العتقَ لَه .

وإِذا قُلنا : إِنَّه يقوَّمُ عليهِ نصيبُ أَخيهِ . . فمتىٰ يقوَّمُ عليهِ ؟ أختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ أَكثرُهم : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يقوَّمُ في الحالِ .

والثاني : لا يقوَّمُ إِلاَّ بعدَ العجزِ ، كالتي قَبْلَها .

وقالَ أَبو إِسحاقَ المروزيُّ : يؤَخَّرُ التقويمُ إِلىٰ أَنْ يعجزَ قولاً واحداً .

والفرقُ بينهُما : أَنَّ في هٰذهِ قد ثبتَ الوَلاءُ للميِّتِ بحقِّ الكتابةِ ، فإِذا قوِّمَ علىٰ الابنِ عاجلاً . . أنتقلَ الوَلاءُ عَنِ الميِّتِ إِليهِ ، والمِلكُ لا ينتقلُ فيهِ ، فلَم يَجزْ نقلُ الوَلاءِ عنهُ بغيرِ ضرورةٍ . وفي التي قَبْلَها إِذا قوِّمَ العبدُ علىٰ أَحدِ الشريكينِ . . أنتقلَ المِلكُ إِليهِ في نصيبِ شريكهِ ، فأنتقلَ إِليهِ الوَلاءُ .

فإِذا قُلنا : يقوَّمُ في الحالِ . . دفعَ إِلىٰ أَخيهِ قيمةَ نصفِ العبدِ ، وعتقَ هٰذا النصفُ علىٰ الذي يقوَّمُ عليهِ ، وكانَ ولاءُ هٰذا النصفِ لَه ، وفي ولاءِ النصفِ الذي عتقَ بالإِعتاقِ أَوِ الإِبراءِ الوجهانِ الأَوَّلانِ :

أَحدُهما : أَنَّه بينَ الابنينِ .

والثاني : أَنَّه لِلذي أَعتقَهُ منهُما أَو أَبرأَهُ .

وإِذا قُلنا : لا يقوَّمُ إِلاَّ بعدَ العجزِ . . نظرتَ :

فإِنْ أَدَّىٰ المالَ الذي بقيَ عليهِ مِنْ مالِ الكتابةِ . . قالَ أبنُ الصبَّاغِ : عتقَ ويكونُ الوَلاءُ بينهُما .

وقالَ المحامليُّ : يكونُ ولاءُ هٰذا النصفِ الذي عتقَ بالأَداءِ للميِّتِ ، وينتقلُ إِلىٰ عَصباتِهِ .

وفي وَلاءِ هٰذا النصفِ الذي عتقَ بالإِعتاقِ أَوِ الإِبراءِ الوجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّه بينَ الابنينِ .

والثاني : ينفردُ بهِ الابنُ الذي أَعتقَهُ .

وإِنْ عجزَ عَنْ أَداءِ ما بقيَ عليهِ . . فُسخَتِ الكتابةُ في النصفِ الذي للأَخِ الذي لَم يعتقْ ، وقوِّمَ ذٰلكَ علىٰ أَخيهِ ، وعتقَ عليهِ ، وكانَ ولاءُ هٰذا النصفِ للمقوَّمِ عليهِ . وفي وَلاءِ النصفِ الذي عتقَ بالإِبراءِ الوجهانِ .

فرعٌ : [يدفع المكاتب للسيدين معاً] :

وإِنْ كاتبَ رجلانِ عبداً بينهُما نصفينِ كتابةً صحيحةً . . فلا يجوزُ للمكاتبِ أَنْ يدفعَ إِلىٰ أَحدِهما شيئاً مِنَ مالِ الكتابةِ حتَّىٰ يدفعَ إِلىٰ الآخرِ مِثلَهُ .

فإِنْ دفعَ إِلىٰ أَحدِهما شيئاً مِنْ مالِ الكتابةِ ولَم يدفعْ إِلىٰ الآخرِ مِثلَهُ ، فإِنْ كانَ ذٰلكَ بغيرِ إِذنِ المولىٰ الذي لَم يدفعْ إِليهِ . . لَم يصحَّ قبضُ الذي قبضَ ، وكانَ للآخرِ أَنْ يأخذَ مِنَ القابضِ نصفَ ما قبضَ . وإِنْ كانَ ذٰلكَ بإِذنِ الذي لَم يقبضْ . . فهلْ يصحُّ القبضُ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، وٱختارَهُ المُزنيُّ ؛ لأَنَّ حقَّ الإِذنِ إِنَّما هوَ في ذمَّةِ المكاتبِ ، وما في يدِ المكاتَبِ مِلكٌ للمكاتَبِ ، فلا ينفذُ فيهِ إِذنُ السيِّدِ ، فيكونُ كما لَو دفعَ إِليهِ مِنْ غيرِ إِذنٍ ، ولأَنَّه لَو كانَ معَ المكاتَبِ أَلفٌ فوزنَ لأَحدِهما خمسَ مئةٍ برضا الآخرِ ، ثمَّ هلكتِ الخُمسُ مئةِ التي بقيتْ في يدِ المكاتَبِ قبْلَ أَنْ يقبضَها الآذنُ . . لكانَ للآذنِ أَنْ يرجعَ علىٰ القابضِ بنصفِ الخَمسِ مئةِ التي قبضَ ، ولَو صحَّ الإِذنُ . . لَم يرجعْ عليهِ بشيءٍ .

والثاني : يصحُّ القبضُ . قالَ المحامليُّ : **وهوَ الأَشبهُ** ، لأَنَّ للسيِّدِ علىٰ المكاتَبِ حقَّينِ ؛ حقّاً في ذمَّتهِ وحقّاً في مالهِ وهوَ حقُّ الحَجْرِ ؛ لأَنَّ لَه منعَهُ أَنْ يخصَّ شريكَهُ بشيءٍ منهُ فإِذا أَذِنَ لَه في دفعهِ ، فقدْ أَسقطَ حقَّهُ مِنَ الحَجْرِ وبقيَ حقُّهُ الذي في ذمَّتهِ ، فصارَ كرجلٍ لَه في ذمَّةِ رجلٍ دَينٌ ولَه رهنٌ فأَسقطَ حقَّهُ مِنَ الرهنِ ، فإِنَّه يبقىٰ حقُّهُ مِنَ الدَّينِ .

فإِذا قُلنا : لا يصحُّ القبضُ . . قيْلَ للمكاتَبِ : إِنْ كانَ معكَ مِنَ المالِ مثلُ الذي

دفعتَ إِلىٰ القابضِ . . فأدفعهُ إِلىٰ الآخَرِ ، فإذا دفعَهُ وكانَ تمامَ مالِ الكتابةِ . . عتقَ عليهِما . وإِنْ لَم يكنْ معَهُ مالٌ غيرُ ما قدْ قبضَهُ السيِّدُ الأَوَّلُ . . كانَ للسيِّدِ الآذِنِ أَنْ يرجعَ علىٰ القابضِ بنصفِ ما قبضَهُ .

فإِنْ أَدَّىٰ إِليهِما تمامَ مالِ الكتابةِ . . عتقَ عليهِما . وإِنْ عجزَ . . فسخا الكتابةَ ورقَّ لَهُما .

وإِنْ قُلنا : يصحُّ القبضُ . عتقَ نصيبُ القابضِ ؛ لأَنَّه آستوفىٰ جميعَ ما لَهُ عليهِ .

وهلْ يقوَّمُ عليهِ نصيبُ شريكهِ إِنْ كانَ موسِراً ؟

قالَ الشيخُ أَبوإِسحاقَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يقوَّمُ عليهِ ؛ لتقدُّمِ سببهِ الذي آشتركا فيهِ .

والثاني : يقوَّمُ عليهِ ؛ لأَنَّه عتقَ نصيبُهُ بسببٍ منهُ .

وقالَ أَكثرُ أَصحابِنا : يقوَّمُ عليهِ قولاً واحداً .

فإذا قُلنا : يقوَّمُ عليهِ . . فمتىٰ يقوَّمُ عليهِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يقوَّمُ عليهِ في الحالِ .

والثاني : لا يقوَّمُ في الحالِ ، بلْ يؤَخَّرُ إِلىٰ أَنْ يعجزَ فيُرَقَّ ، أَو يؤَدِّيَ ما عليهِ للآخَرِ ، وقد مضىٰ توجيهُهما .

فإذا قُلنا : يقوَّمُ في الحالِ . . فإِنَّ الكتابةَ تنفسخُ في النصفِ المتقوَّمِ ، فيعتقُ جميعُهُ علىٰ القابضِ ، ويكونُ وَلاءُ جميعِهِ للقابضِ .

فإِنْ كانَ في يدِهِ مالٌ كسبَهُ قَبْلَ العتقِ . . قالَ آبنُ الصبَّاغِ : كانَ للذي لَم يقبضْ أَنْ يأْخذَ منهُ بقَدْرِ ما قبضَهُ شريكُهُ ؛ لأَنَّ كسبَهُ قَبْلَ عتقهِ كانَ بينهُما .

فإِنْ فَضلَ مِنَ الكسبِ شيءٌ بعدَ ذٰلكَ . . كانَ بينَ السيِّدِ الذي لَم يقبضْ وبينَ المكاتبِ نصفينِ ؛ لأَنَّ الكسبَ كانَ في مِلكِهما ، فما خصَّ مِلكَ القابضِ . . آنتقلَ إِلىٰ العبدِ بعتقِ نصفهِ ، وما خصَّ مِلكَ الذي لَم يقبضْ . كانَ لَه أَخذُهُ ؛ لأَنَّ حصَّتَهُ منهُ قد عادَ رقيقاً بالتقويمِ .

وإنْ قُلنا : لا يقوَّمُ إلاَّ بعدَ العجزِ . . نَظرتَ :

فإنْ أَدّىٰ ما عليهِ لِلذي لَم يقبضْ . . عتقَ عليهِ نصفُهُ وعلىٰ القابضِ نصفُهُ ، وكانَ وَلاؤُهُ بينَهُما ، وما فضلَ في يدِ المكاتَبِ مِنَ الكسبِ للمكاتَبِ .

وإنْ عجزَ . . قُوِّمَ نصفُهُ علىٰ القابضِ ، وعتقَ عليهِ جميعُهُ ، وكانَ وَلاؤُهُ لَه ، وكانَ للذي لَم يَقبضْ نصفُ ما كسبَهُ العبدُ مِنْ حينِ عتقَ نصفُهُ الأَوَّلُ إلىٰ حينِ أَنْ يعتقَ نصفُهُ الثاني .

فإنْ ماتَ المكاتَبُ قَبْلَ الأَداءِ والتقويمِ . . ماتَ ونصفُهُ حرٌّ ونصفُهُ مكاتبٌ ، فيكونُ لسيِّدِهِ الذي لَم يقبضْ نصفُ ما خلَّفَهُ ، وفي النصفِ الآخَرِ قولانِ :

قالَ في **القديم** : (يكونُ لِورثتهِ) .

وقالَ في **الجديدِ** : (يكونُ لمالكِ نصفِهِ) ويأتي بيانُهما في الفرائضِ إنْ شاءَ اللهُ .

مسأَلةٌ : [قبض السيد مال المكاتبة قبل الحلول] :

إذا جاءَ المكاتَبُ بمالِ الكتابةِ إلىٰ السيِّدِ قَبْلَ حلولِ النجمِ ، فإنْ قَبِلَهُ السيِّدُ منهُ . . صحَّ القبضُ ، وبرِئَ منهُ المكاتبُ .

وإنِ آمتنعَ السيِّدُ مِنْ قبضهِ . . نظرَ فيهِ :

فإنْ كانَ ممَّا يُخافُ عليهِ التلفُ أَوِ التغيُّرُ إلىٰ وقتِ حلولِ النجمِ ، كالأَشياءِ الرطبةِ وما أَشبهَ ذٰلكَ . . لَم يلزمْهُ قَبولُهُ ؛ لأَنَّه ربَّما يتلفُ قَبْلَ المحِلِّ ، ففاتَهُ المقصودُ .

وإنْ كانَ ممَّا لا يتلفُ بنفسهِ ولٰكنْ عليهِ مؤُونةٌ في حفظهِ إلىٰ وقتِ حلولِ النجمِ ، كالطعامِ الكثيرِ والثيابِ والأَخشابِ وما أَشبهَها . . لَم يُجبرْ علىٰ قَبولهِ ؛ لأَنَّ عليهِ ضرراً في مؤونةِ حفظهِ إلىٰ وقتِ حلولِ النجمِ .

وإنْ كانَ حيواناً . . لَم يُجبرْ علىٰ قَبولهِ أَيضاً ؛ لأَنَّه يخافُ عليهِ التلفُ ، ويلزمُهُ مؤونةٌ في حفظهِ .

وإنْ كانَ ممَّا لا يخافُ عليهِ التلفُ بنفسهِ ، ولا عليهِ مؤونةٌ في حفظهِ ، كالدراهمِ والدنانيرِ والرصاصِ والصُّفرِ والنّحاسِ ، فإنْ كانَ البلدُ خائفاً ويخافُ عليهِ الأَخذُ ،

وكانَ البلدُ وَقتَ عقدِ الكتابةِ آمناً . . لَم يلزمْهُ قَبولُهُ ؛ لأَنَّه ربَّما يتلفُ إِلىٰ وقتِ حلولِ النجمِ .

وإِنْ كانَ البلدُ عندَ وَقتِ عقدِ الكتابةِ خائفاً . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يلزمُهُ قَبولُهُ ؛ لأَنَّ حالةَ العقدِ وحالةَ القبضِ سواءٌ فأَشبهَ إِذا كانا آمنَينِ .

والثاني : لا يلزمُهُ قَبولُهُ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ الاعتبارَ بحالِ حلولِ النجمِ وربَّما زالَ الخوفُ ذٰلكَ الوقتَ .

وكلُّ موضعٍ قُلنا : يلزمُهُ قَبولُهُ ، فإِنْ قَبِلَهُ . . فلا كلامَ ، وإِنْ لَم يقبلْهُ . . وإِلاَّ دفعَهُ المكاتبُ إِلىٰ الحاكمِ وبرِىءَ ؛ لمَا روىٰ سعيدُ بنُ أَبي سعيدٍ المقبريُّ ، عَنْ أَبيهِ : (أَنَّ امرأَةً آشترتْهُ وكاتبتْهُ علىٰ أَربعينَ أَلفاً ، فأَدَّىٰ عامَّةَ المالِ ، ثمَّ أَتاها ببقيَّتِهِ ، فقالتْ : لا واللهِ حتَّىٰ يأْتيَ بهِ سنةً بعدَ سنةٍ وشهراً بعدَ شهرٍ ، فأَتىٰ بالمالِ إِلىٰ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ فأَخبرَهُ بذٰلكَ ، فقالَ : ضعهُ في بيتِ المالِ ، ثمَّ أَرسلَ إِليها عمرُ : أَنَّه أَخذَ المالَ وجعلَهُ في بيتِ المالِ ، وقالَ لَها : قد عتقَ أَبو سعيدٍ ، فإِنِ آخترتِ أَخذَهُ شهراً بعدَ شهرٍ أَو سنةً بعدَ سنةٍ . . فآفعلي . فأَرسلَتْ ، فأَخذتِ المالَ)[1] .

ولأَنَّ الأَجلَ حقٌّ لمَنْ عليهِ الدَّينُ ، فإِذا عجَّلَ الدَّينَ . . فقد رضيَ بإِسقاطِ حقِّهِ مِنَ الأَجلِ ، فأُجبرَ مَنْ لَه الدَّينُ علىٰ أَخذهِ .

فرعٌ : [كاتبه علىٰ مال في بلد] :

قالَ في « الأُمِّ » : (وإِنْ كاتبَ رجلٌ عبداً لَه علىٰ مالٍ ببلدٍ ، ثمَّ لقيَهُ ببلدٍ آخَرَ ، فأَعطاهُ العبدُ إِيَّاهُ : فإِنْ كانَ ممَّا لِحملِهِ مؤُونةٌ ، كالحبوبِ والحديدِ والرصاصِ والثيابِ . . لَم يُجبرْ علىٰ قَبولهِ ؛ لأَنَّ عليهِ ضرراً بمؤنةِ حملِهِ . وإِنْ كانَ مِمَّا ليسَ بحملِهِ مؤونةٌ كالدراهمِ والدنانيرِ ، فإِنْ كانَ الطريقُ مَخوفاً . . لَم يلزمْهُ قَبولُهُ ؛ لأَنَّه يخافُ عليهِ التلفَ . وإِنْ كانَ الطريقُ آمِناً . . لزمَهُ قَبولُهُ ؛ لأَنَّه لا غرضَ لَه في تأْخيرِهِ) .

---

(١) أخرج خبر عمر البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(١٠/ ٣٣٤ ـ ٣٣٥) ، وعلّقه في « معرفة السنن والآثار » (٧/ ٥٥٣ ـ ٥٥٤) في المكاتب .

فرعٌ : [كاتبه علىٰ ألف في نجمين فعجل أحدهما] :

وإِنْ كاتبَهُ علىٰ أَلفٍ في نجمينِ إِلىٰ أَجلينِ ، فجاءَهُ بخمسِ مئةٍ قَبْلَ المَحِلِّ ، ثمَّ قالَ لَه : خذْ هٰذهِ علىٰ أَنْ تُبرئَني مِنَ الخمسِ مئةِ الأُخرىٰ ، ففعلَ ، أَو قالَ لَه السيِّدُ : عجِّل لي خمسَ مئةٍ حتَّىٰ أُبرئَكَ مِنَ الباقي ، أَو صالحني علىٰ خمسِ مئةٍ معجَّلةٍ . . لَم يصحَّ القبضُ ولا الصلحُ ولا الإِبراءُ ولا يعتقُ العبدُ بذٰلكَ . وبهِ قالَ أَبو يوسفَ وزفَرُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمهُ اللهُ : (يجوزُ ٱستحساناً) وبهِ قالَ أَحمدُ .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا يضارعُ رِبا الجاهليةِ ، فإِنَّ الرجلَ منهُم كانَ إِذا حلَّ دَينُهُ يقولُ لمَنْ عليهِ الدَّينُ : تقضي أَو نزيدُ ؟ فإِنْ قَضاهُ ، وإِلاَّ . . زادَهُ في الدَّينِ ، وزادَهُ في الأَجلِ . وهٰذا مشبَّهٌ بذٰلكَ ؛ لأَنَّه ينقصُهُ مِنَ الحقِّ لينقصَهُ مِنَ الأَجلِ ، فلَم يصحَّ .

وإِنْ لَم يَشترطْ عليهِ الإِبراءَ ولٰكنْ عجَّلَ لَه خمسَ مئةٍ وسأَلَهُ إِبراءَهُ مِنَ الباقي فأَبرأَهُ . . صحَّ ؛ لأَنَّ الإِبراءَ لَم يكنْ عِوضاً عَنِ التعجيلِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ المُزنيَّ قالَ : قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (وضعٌ وتعجيلٌ لا يجوزُ) وقالَ في موضعٍ آخرَ : (وضعٌ وتعجيلٌ يجوزُ) .

قالَ أَصحابُنا : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإِنَّما هيَ علىٰ حالينِ :

فالموضعُ الذي قالَ : (لا يجوزُ) أَرادَ : إِذا كانَ بشرطِ البراءةِ .

والموضعُ الذي قالَ : (يجوزُ) أَرادَ : إِذا عجَّلَ بغيرِ شرطِ البراءةِ .

مسأَلةٌ : [لا يطالب المكاتب قبل الأجل] :

وليسَ للسيِّدِ مطالبةُ المكاتبِ بمالِ الكتابةِ قَبْلَ حلولِ النجمِ ؛ لأَنَّ الأَجلَ جُعِلَ رفقاً بالمكاتبِ ، فلو جوَّزنا لَه مطالبتَهُ بهِ قَبْلَ حلولِ النجمِ . . سقطتْ فائدةُ الأَجلِ .

فإِذا حلَّ أَجلُّ نجمٍ . . كانَ للسيِّدِ مطالبتُهُ بالنجمِ الذي حلَّ ، فإِنْ دفعَهُ إِليهِ . . فلا كلامَ . وإِنْ كانَ عاجزاً عَنْ أَداءِ النجمِ الذي حلَّ عليهِ . . كانَ المولىٰ بالخيارِ بينَ أَنْ يصبرَ عليهِ ويتركَهُ علىٰ الكتابةِ ، وبينَ أَنْ يفسخَ الكتابةَ ويردَّهُ إِلىٰ الرقِّ . وبهِ قالَ أَبو حنيفة .

وقالَ أَبو يوسفَ : لا يردُّهُ إِلىٰ الرقِّ حتَّىٰ يتوالىٰ عليهِ نجمانِ .

دليلُنا : ما رويَ : (أَنَّ ٱبنَ عمرَ كاتبَ عبداً لَه علىٰ ثلاثينَ أَلفاً ، فقالَ لَه : أَنا عاجزٌ . فقالَ لَه : أُمحُ كتابتَكَ . فقالَ : أُمحُ أَنتَ كتابتك)[1] . ولأَنَّه عجزَ عن أَداءِ ما حلَّ عليهِ ، فكانَ للسيِّدِ أَنْ يُعجِّزَهُ ، كما لَو توالىٰ عليهِ نجمانِ .

فإِنْ كانَ معَ المكاتبِ ما يؤدِّيهِ فٱمتنعَ مِنْ أَدائهِ . . جازَ للمولىٰ تعجيزُهُ وردُّهُ إِلىٰ الرقِّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (ليسَ لَه تعجيزُهُ ، بلْ يُجبرُهُ الحاكمُ علىٰ الأَداءِ) .

دليلُنا : أَنَّه تعذَّرَ الأَداءُ بالامتناعِ مِنَ الأَداءِ ، فجازَ لَه تعجيزُهُ وردُّهُ إِلىٰ الرقِّ ، كما لَو لَم يكنْ قادراً علىٰ الأَداءِ .

وإِنْ عجزَ عَنْ أَداءِ بعضِ النجمِ ، أَو ٱمتنعَ مِنْ دفعِ بعضهِ . . جازَ للمولىٰ تعجيزُهُ ؛ لأَنَّ العتقَ لا يتبعَّضُ ، فكانَ تعذُّرُ البعضِ كتعذُّرِ الجميعِ .

وللمولىٰ أَنْ يعجِّزَهُ بنفسِهِ ويردَّهُ إِلىٰ الرقِّ مِنْ غيرِ حاكمٍ إِذا كانَ المكاتبُ حاضراً .

وقالَ ٱبنُ أَبي ليلىٰ : لا يكونُ عجزُهُ إِلاَّ عندَ السلطانِ .

دليلُنا : أَنَّه فسخٌ مجمعٌ عليهِ ، فلَم يفتقرْ إِلىٰ الحاكمِ ، كفسخِ البيعِ لِلعيبِ .

فرعٌ : [إنظار السيد للمكاتب] :

وإِذا حلَّ علىٰ المكاتبِ نجمٌ فعجزَ عَنْ أَدائهِ ، فقالَ السيِّدُ : قد أَنظرتُهُ . . جازَ ؛ لأَنَّ الحقَّ في الفسخِ للسيِّدِ ، فجازَ لَه تركُهُ .

فإِنْ بدا للسيِّدِ أَنْ يُنظِرَهُ وطالبَهُ بهِ . . جازَ ، ولَه أَنْ يُعجِّزَهُ ؛ لأَنَّ الدَّينَ الحالَّ لا يتأَجَّلُ عندنا بالتأَجيلِ .

---

(١) أخرج خبر ابن عمر عن نافع بنحوه مطولاً عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٧٢٣) و(١٥٧٢٤) ، ومختصراً البيهقي في « معرفة السنن » (٧/ ٥٦٠ ـ ٥٦١) و« السنن الكبرىٰ »(١٠/ ٣٤١) في المكاتب ، باب : عجز المكاتب .

فإنْ كانَ معَ المكاتبِ مالٌ مِنْ غيرِ جنسِ مالِ الكتابةِ فٱستنظرَ لبيعهِ بجنسِ مالِ الكتابةِ . . وجبَ علىٰ السيِّدِ إنظارُهُ ؛ لأنَّه قادرٌ علىٰ أداءِ مالِ الكتابةِ ، ولا يلزمُهُ أَنْ يُنظِرَهُ أكثرَ مِنْ ثلاثةِ أيّامٍ ؛ لأَنَّ ما زادَ علىٰ الثلاثِ كثيرٌ .

وإنْ طلبَ أَنْ يُنظِرَهُ إلىٰ أَنْ يصلَ إليهِ مالُه ، فإنْ كانَ مالُه منهُ علىٰ مسافةٍ لا تُقصَرُ فيها الصلاةُ . . وَجبَ إنظارُهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ قريبٌ ولا ضررَ علىٰ المولىٰ فيهِ . وإنْ كانَ منهُ علىٰ مسافةٍ تُقصَرُ فيها الصلاةُ . . لَم يجبْ إنظارُهُ ؛ لأَنَّ علىٰ المولىٰ ضرراً في ذٰلكَ .

قالَ الشيخُ أَبو إسحاقَ : فإنْ طلبَ الإنظارَ إلىٰ أَنْ يقتضيَ ديناً لَه علىٰ غيرِهِ ، فإنْ كانَ حالاً علىٰ مَليءٍ . . وَجبَ إنظارُهُ ؛ لأَنَّه كالمالِ الذي أَودعَهُ . وإنْ كانَ مؤَجَّلاً ، أَو علىٰ معسِرٍ . . لَم يجبْ إنظارُهُ ؛ لأَنَّ علىٰ المولىٰ ضرراً في ذٰلكَ .

فرعٌ : [حلول أجل المال والمكاتب غائب] :

وإنْ حلَّ عليهِ نجمُ الكتابةِ وهوَ غائبٌ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فإنْ كانَ يسافرُ بغيرِ إذنِ سيِّدهِ . . كانَ لَه أَنْ يفسخَ الكتابةَ . وإنْ سافرَ بإذنهِ . . لَم يكنْ لَه أَنْ يفسخَ ، ولٰكنْ يرفعُ الأمرَ إلىٰ الحاكمِ ، ويثبتُ عندَهُ حلول مالِ الكتابةِ ، ويحلفُ أَنَّه ما قبضَ ؛ ليكتبَ إلىٰ الحاكمِ الذي في بلدهِ المكاتبُ فيُعلِمَهُ بما ثبتَ عندَهُ ، فإذا وَصلَ الكتابُ إلىٰ الحاكمِ الذي في بلدِهِ المكاتبُ . . ٱستدعىٰ المكاتبَ وأَخبرَهُ بما كُتِبَ إليهِ ، فإنْ كانَ المكاتبُ عاجزاً . . كتبَ الحاكمُ المكتوبُ إليهِ إلىٰ الحاكمِ الكاتبِ إليهِ بعجزِ المكاتَبِ ليخبرَ السيِّدَ بذٰلكَ ، فيكونُ السيِّدُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يصبرَ وبينَ أَنْ يفسخَ الكتابةَ .

وإنْ كانَ المكاتبُ قادراً علىٰ الأداءِ . . قالَ لَه الحاكمُ : إمَّا أَنْ تخرجَ إلىٰ البلدِ الذي فيهِ السيِّدُ فتؤَدِّيَ إليهِ مالَ الكتابةِ ، أَو توكِّلَ مَنْ يحملُ إليهِ المالَ . فإنْ فعلَ ذٰلكَ في أَوَّلِ حالِ الإمكانِ عندَ خروجِ القافلةِ ـ إنْ كانَ لا يخرجُ إلاَّ معها ـ فلا كلامَ . وإنْ أَخَّرَ ذٰلكَ عَنْ حالةِ الإمكانِ ومضىٰ زمانُ المسيرِ . . ثبتَ للسيِّدِ الخيارُ في الفسخِ .

وإنْ وَكَّلَ السيِّدُ في بلدِ المكاتَبِ مَنْ يقبضُ منهُ المالَ . . لزمَ المكاتَبَ الدفعُ إليهِ ، فإنِ ٱمتنعَ المكاتبُ مِنَ الدفعِ إليهِ . . ثبتَ للسيِّدِ الخيارُ في فسخِ الكتابةِ . وإنْ أَمرَ

الوكيلَ بالفسخِ عندَ تعذُّرِ القبضِ . . جازَ للوكيلِ الفسخُ .

إذا ثبتَ هٰذا : فنقلَ المُزنيُّ : (أَنَّ السيِّدَ ليسَ لَه أَنْ يفسخَ حتَّىٰ تمضيَ مدَّةُ السيرِ ، وسواءٌ كانَ وَكَّلَ أَو لَم يُوكِّلْ) .

ونقلَ الربيعُ : (أَنَّه إِذا كانَ للسيِّدِ وَكيلٌ . . لَم تعتبرْ مدَّةُ المسيرِ) .

قالَ أَصحابُنا : **المذهبُ** ما نقلَهُ الربيعُ ، وما نقلَهُ المُزنيُّ في هٰذا خطأٌ . **هٰكذا ذكرَ أَكثرُ أَصحابِنا** .

وحكىٰ الشيخُ أَبو إِسحاقَ وجهاً آخَرَ : أَنَّ نجمَ الكتابةِ إِذا حلَّ والمكاتبُ غائبٌ . . كانَ للسيِّدِ أَنْ يفسخَ الكتابةَ مِنْ غيرِ أَنْ يكتبَ إِلىٰ الحاكمِ الذي في بلدِهِ المكاتَبُ ؛ لأَنَّه تعذَّرَ عليهِ المالُ ، فجازَ لَه الفسخُ .

فرعٌ : [أسر المكاتب] :

وإِنْ كاتبَ عبدَهُ ثمَّ أَسرَ المشركونَ العبدَ وحَبسوهُ مدَّةً وتخلَّصَ مِنْ أَيديهِم وحلَّ عليهِ نجمُ الكتابةِ ، فإِنْ قُلنا : لا يجبُ علىٰ السيِّدِ تخليتُهُ في مِثلِ تلكَ المدَّةِ التي حبسَهُ فيها المشركونَ . . فلَه مطالبتُهُ بِما حلَّ عليهِ ، فإِنْ كانَ عاجزاً عَنْ أَدائهِ . . كانَ لَه تعجيزُهُ .

وإِنْ قُلنا : يجبُ عليهِ تخليتُهُ مِثلَ تلكَ المدَّةِ . . فليسَ لَه مطالبتُهُ حتَّىٰ تمضيَ عليهِ مثلُ تلكَ المدَّةِ التي حُبسَ فيها بعدَ حلولِ النجمِ ، ثمَّ لَه مطالبتُهُ بعدَ ذٰلكَ بِما حلَّ عليهِ ، فإِنْ كانَ عاجزاً . . كانَ لَه تعجيزُهُ .

وإِنْ كانَ العبدُ حلَّ عليهِ النجمُ وهوَ في أَيدي المشركينَ ، فإِنْ قُلنا : يلزمُهُ تخليتُهُ بعدَ أَنْ يتخلَّصَ منهُم مِثلَ المدَّةِ التي حُبسَ فيها . . فليسَ للسيِّدِ هاهُنا تعجيزُهُ ؛ لأَنَّه يلزمُهُ تخليتُهُ مِثلَ المدَّةِ بعدَ أَنْ يتخلَّصَ منهُم .

وإِنْ قُلنا : لا يلزمُهُ تخليتُهُ بعدَ التخلُّصِ . . فلَه أَنْ يعجزَهُ ويفسخَ الكتابةَ ؛ لأَنَّه قد تعذَّرَ الأَداءُ مِنْ جهتهِ ، وهلْ لَه أَنْ يفسخَ بنفسهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لَه أَنْ يفسخَ الكتابةَ بنفسهِ ، كما لَو كانَ في دارِ الإِسلامِ وتعذَّرَ الأَداءُ مِنْ جهتهِ .

والثاني : لا يجوزُ لَه ذٰلكَ بنفسهِ حتَّىٰ يرفعَ الأمرَ إلىٰ الحاكمِ ؛ لينظرَ الحاكمُ هلْ لَه مالٌ أَم لا ؛ لأنَّ العبدَ إذا كانَ في دارِ الإسلامِ وعجزَ . . فقد عُرِفَ العجزُ مِنْ جهتهِ ، فكانَ للسيِّدِ أَنْ يفسخَ .

وإذا كانَ في دارِ الشركِ . . لَم يُعلمِ العجزُ مِنْ جهتهِ ، وإنَّما يُعلَمُ مِنْ طريقِ الظاهرِ وقد يجوزُ أَنْ يكونَ لَه مالٌ في الباطنِ ، فلَم يَجزْ لَه الفسخُ قَبْلَ البحثِ عنهُ .

فإنْ قُلنا : يجوزُ لَه الفسخُ بنفْسهِ ، ففسخَ ، أَو قُلنا : لا يجوزُ لَه إلاّ عندَ الحاكمِ ، فبحثَ الحاكمُ عَنْ مالهِ فلَم يجدْ لَه مالاً ، فأَذِنَ لَه ففسخَ ، ثمَّ تخلَّصَ العبدُ وأَظهرَ لَه مالاً . . حُكِمَ ببطلانِ الفسخِ ؛ لأنَّا إنَّما جوَّزنا لَه الفسخَ ظنّاً منّا أنَّه لا مالَ لَه ، فإذا بانَ أَنَّ لَه مالاً . . لَم يصحَّ الفسخُ .

فرعٌ : [جنون المكاتَب] :

وإنْ كاتبَ عبداً ثمَّ جُنَّ العبدُ . . لَم تنفسخِ الكتابةُ بجنونهِ ؛ لأنَّها لازمةٌ مِنْ أَحدِ الطرفينِ ، فلَم تنفسخْ بالجنونِ كالرهنِ ، وإنَّما ينفسخُ بالجنونِ ما كانَ جائزاً مِنْ أَحدِ الطرفينِ ، كالوَكالةِ والشَّرِكَةِ وما أَشبههُما ، ولأنَّه عتقٌ معلَّقٌ بصفةٍ ، فلَم يبطلْ بالجنونِ ، كما لَو قالَ : إنْ دخلتَ الدارَ فأَنتَ حرٌّ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ حلَّ عليهِ النجمُ قَبْلَ الإفاقةِ . . كانَ للسيِّدِ أَنْ يُثبِتَ عندَ الحاكمِ الكتابةَ بالبيِّنةِ ، ويحلفَ معَ بيِّنتهِ أنَّه لَم يقبضْ مالَ الكتابةِ ، فإذا أَقامَ البيِّنةَ وحلفَ معها ، بحثَ الحاكمُ عَنْ مالِ المكاتبِ ، فإنْ وجدَ لَه مالاً . . سلَّمَهَ إلىٰ المولىٰ وعتقَ عليهِ .

وإنْ سلَّمَ المجنونُ المالَ إلىٰ السيِّدِ . . عتقَ ؛ لأنَّه قبضَ ما يَستحقُّهُ ، فبرئَتْ بهِ ذمَّتهُ .

وإنْ لَم يجدِ الحاكمُ للمكاتبِ مالاً . . مكَّنَ المولىٰ مِنْ فسخِ الكتابةِ ، فإذا فسخَ الكتابةَ . . عادَ رقيقاً لَه ولزمَهُ الإنفاقُ عليهِ ؛ لأنَّه عادَ قنّاً لَه .

فإنْ بانَ للمكاتبِ بعدَ ذٰلكَ مالٌ يفي بمالِ الكتابةِ . . بطلَ فسخُ السيِّدِ ؛ لأنَّه بانَ أَنَّ

الباطنَ بخلافِ ما حكمَ بهِ ، فهوَ كما لَو حكمَ الحاكمُ بالاجتهادِ ثمَّ بانَ أَنَّ النصَّ بخلافهِ . ويجبُ عليهِ أَنْ يردَّ علىٰ السيِّدِ ما أنفقهُ عليهِ بعدَ الفسخِ ؛ لأَنَّه بانَ أَنَّه لَم يكنْ مستحِقّاً لِلنفقةِ عليهِ .

وإِنْ أَفاقَ المكاتبُ ثمَّ أَقامَ البيِّنةَ أَنَّه كانَ قد أَدَّىٰ إِلىٰ السيِّدِ مالَ الكتابةِ . . بطلَ الفسخُ ، ولا يُردُّ علىٰ السيِّدِ ما أَنفقهُ عليهِ بعدَ الفسخِ ؛ لأَنَّه أَنفقَ عليهِ معَ عِلمهِ بحُرِّيَّتهِ ، فالظاهرُ أَنَّه متطوِّعٌ بهِ .

فرعٌ : [كاتبه علىٰ دنانير فلا يكفي دراهم] :

قالَ في « الأُمِّ » : (وإِنْ كاتبَهُ علىٰ دنانيرَ فأعطاهُ دراهمَ ، أَو كاتبَهُ علىٰ دراهمَ فأَعطاهُ دنانيرَ . . لَم يُجبَرْ علىٰ أَخذِها .

وإِنْ كاتبَهُ علىٰ دراهمَ فأَعطاهُ دراهمَ خيراً مِنها . . لزمَهُ قَبولُها إِلاَّ أَنْ يكونَ الذي كاتبَهُ عليهِ يُنفَقُ في بلدِهِ ولا يُنفقُ فيهِ الذي أَعطاهُ إِيَّاها ، فلا يلزمُهُ قَبولُها وإِنْ كانتْ خيراً ممّا سمَّىٰ) .

فرعٌ : [قبول قول السيد في رفضه مال النجم بالبينة] :

وإِنْ حملَ المكاتبُ إِلىٰ السيِّدِ شيئاً مِنْ مالِ الكتابةِ فقالَ السيِّدُ : لا آخذُهُ لأَنَّه حرامٌ ، أَو غصبتَهُ ، أَو سَرقتَهُ مِنْ فلانٍ وأَنكرَ المكاتبُ ذٰلكَ ، فإِنْ أَقامَ السيِّدُ بيِّنةً بما قالَ . . سُمِعَتِ البيِّنةُ ، ولَم يلزمْهُ الأَخذُ ؛ لأَنَّ للسيِّدِ حقّاً في ذٰلكَ في أَنْ لا يَقبضَ[1] دَينَهُ مِنَ الحرامِ ، فلذٰلكَ سُمِعَتِ البيِّنةُ منهُ .

قالَ المحامليُّ : فإِنْ أَقامَ شاهداً واحداً بأَنَّ المالَ حرامٌ[2] . . لَم تقبلْ شهادتُهُ ؛ لأَنَّ التهمةَ تلحقُ السيِّدَ في أَنَّه أَرادَ[3] تعجيزَهُ وردَّهُ إِلىٰ مِلكهِ .

---

(١) في (م) : (يقتضي) .
(٢) في حاشية نسخة : (ليحلف معه) .
(٣) في (م) : (قصد) .

وإنْ لَم يكنْ معَ السيِّدِ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ المكاتبِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ ممَّا في يدهِ أنَّه مِلكُهُ ، ولأنَّ السيِّدَ متَّهَمٌ في ذٰلكَ ، فإنْ لَم يحلفِ المكاتبُ . . حلفَ المولىٰ ، ولَم يلزمْهُ قبضُهُ .

وإنْ حلفَ المكاتبُ . . حُكمَ بأنَّ المالَ مِلكٌ للمكاتبِ ، فيقالُ للسيِّدِ : إمّا أنْ تقبضَهُ أَو تُبرِئَهُ مِنْ قَدْرِهِ مِنْ مالِ الكتابةِ . فإنْ قبضَهُ المولىٰ . . برىءَ المكاتبُ مِنْ قَدْرِهِ ، فإنْ كانَ تمامَ الكتابةِ . . عتقَ .

فإنْ كانَ المولىٰ قد أَقرَّ أنَّه غصبَ أَو سرقَ مِنْ رجلٍ معيَّنٍ . . لزمَهُ ردُّهُ إليهِ ؛ لأنَّه قد تقدَّمَ منهُ الإِقرارُ لَه بذٰلكَ ، فقُبِلَ : كما لَو أَقرَّ رجلٌ بحُرِّيَّةِ عبدِ غيرِهِ ثمَّ ٱشتراهُ .

وإذا كانَ المولىٰ لَم يقرَّ بهِ لرجلٍ معيَّنٍ ، بلْ قالَ : هوَ حرامٌ أَو مغصوبٌ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : لا يمنعُ منهُ ، بلْ يمسكُهُ لنفسِهِ ؛ لأنَّه لَم يقرَّ بهِ لأَحدٍ .

وقالَ المحامليُّ : لا يمسكُهُ لنفسِهِ ، وإنَّما يقالُ لَه : أَمسكْهُ حتَّىٰ تعلَمَ مالِكَهُ فتدفعَهُ إليهِ .

وإنِ ٱختارَ المولىٰ أَنْ يبرئَهُ مِنْ قَدْرِهِ مِنْ مالِ الكتابةِ فأَبرأَهُ . . صحَّ وأُقِرَّ ذٰلكَ في يدِ المكاتبِ .

وإنِ ٱمتنعَ المولىٰ مِنْ قبضِهِ أَوِ الإبراءِ عَنْ قَدْرِهِ . . رفعَ المكاتبُ ذٰلكَ الأَمرَ إلىٰ الحاكمِ ، فيحلِّفُهُ الحاكمُ أنَّه مِلكُهُ إنْ لَم يكنْ قد حلَّفَهُ المولىٰ[1] ، ويُقبضُهُ الحاكمُ للمولىٰ ويعتقُ المكاتبَ ، كما قُلنا في المكاتبِ إذا عجَّلَ مالَ الكتابةِ .

فإنْ كانَ المولىٰ قد أَقرَّ بهِ لرجلٍ معيَّنٍ . . فالذي يقتضي المذهبُ : أَن الحاكمَ يسلِّمُهُ إلىٰ المقرِّ لَه بهِ وإنِ ٱدَّعاهُ ؛ لأَنَّ قبضَهُ لَه كقبضِ المولىٰ في براءةِ المكاتبِ منهُ ، فكانَ كقبضهِ في ذٰلكَ أَيضاً .

---

(١) في هامش نسخة : (القياس في هٰذا : أن اليمين تكون علىٰ النفي لأنه صاحب اليد) .

مسأَلةٌ : [ظهور عيب بالمال بعد الحكم بالعتق] :

وإِنْ دفعَ المكاتبُ إِلىٰ المولىٰ المالَ وحكمَ بعتقهِ ، ثمَّ بانَ أَنَّ المالَ مَعيبٌ. . نَظرتَ :

فإِنْ بانَ أَنَّ المالَ الذي دفعَهُ مِنْ غيرِ جنس مالِ الكتابةِ ، بأَنْ كاتبَهُ علىٰ دراهمَ فدفعَ إِليهِ دراهمَ وبانَ أَنها رصاصٌ أَو نحاسٌ. . حَكمنا ببطلانِ القبضِ وأَنَّ العبدَ باقٍ علىٰ الكتابةِ . وإِنْ بانَ أَنَّها مضطربةُ السِّكَّةِ ، أَو كانَ مالُ الكتابةِ عَرَضاً فبانَ أَنَّه مَعِيبٌ. . ثبتَ للمولىٰ الخيارُ : بينَ الإِمساكِ والردِّ ، فإِنِ ٱختارَ إِمساكَهُ. . ٱستقرَّ العتقُ ، ومتىٰ وقعَ العتقُ ؟ فيهِ وجهانِ حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » :

أَحدُهما : حينَ القبضِ .

والثاني : حينَ الرضا بالعيبِ .

فإِنْ قيلَ : إِذا أَعطاهُ معيباً. . فلَم يُعطِهِ جميعَ ما وَقعَ عليهِ العقدُ ، فكانَ ينبغي أَنْ لا يعتقَ ، كما لَو كاتبَهُ علىٰ عشرةٍ فأَعطاهُ تسعةً ؟

قُلنا : إِذا أَمسكَ المعيبَ. . فقد رضيَ بإِسقاطِ حقِّهِ منهُ ، فجرىٰ مجرىٰ ما لَو أَبرأَهُ ممّا بقيَ مِنْ مالِ الكتابةِ .

وإِنِ ٱختارَ ردَّهُ ، فردَّهُ. . كانَ لَه ذٰلكَ ، وبطلَ[١] ما كنّا حَكمنا بهِ مِنَ العتقِ .

وقالَ أَحمدُ : (لا يبطلُ العتقُ) .

دليلُنا : أَنَّ الكتابةَ عقدُ معَاوضةٍ يلحقُهُ الفسخُ ، فوجبَ أَنْ يفسخَ بوجودِ العيبِ ، كالبيعِ . وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الخُلعِ ؛ لأَنَّه لا يلحقُهُ الفسخُ .

وإِنْ وُجِدَ العيبُ وقد تلفَ العِوَضُ عندَهُ ، أَو حدثَ عندَهُ عيبٌ آخَرُ. . ثبتَ لَه الأَرشُ ؛ لأَنَّه قد تعذَّرَ ردُّ العِوَضِ الذي قَبضَهُ . فإِنْ دفعَ المكاتبُ الأَرشَ. . ٱستقرَّ العتقُ . وإِنْ لَم يَدفعْهُ[٢]. . ٱرتفعَ العتقُ ، وثبتَ لِلمولىٰ الخيارُ في فسخِ الكتابةِ .

---

(١) في (م) : (سقط) .
(٢) في حاشية نسخة : (وهٰذا إنما يأتي علىٰ الوجه الثاني من المسألة الأولىٰ : وهو أنه لا يعتق إلا=

وإذا أرادَ الرجوعَ بالأَرشِ وكانَ العوضُ ثوباً فوَجدَ بهِ عيباً ينقصُ عُشْرَ قيمتِهِ وقد تلفَ الثوبُ عندَهُ. . قالَ الطبريُّ : آختلفَ أَصحابُنا في كيفيَّةِ الرجوعِ بالأَرشِ :

فقالَ أَبو حامدٍ : يرجعُ بعُشْرِ قيمةِ الثوبِ .

وقالَ القفَّالُ : هٰذا غلطٌ ، بلْ يرجعُ بما يقابلُهُ مِنْ عِوَضِهِ ، وعِوَضُهُ رقبتُهُ وهيَ فائتةٌ بالعتقِ ، فيرجعُ بعُشْرِ قيمةِ الرقبةِ ، كما لَوِ آطَّلعَ علىٰ عيبٍ في المسلَمِ فيهِ بعدَ فواتهِ وكانَ ينقصُ عُشْرَ قيمتِهِ. . فإِنَّه يَرجِعُ بعُشْرِ رأسِ مالِ السَّلَمِ[1] .

فرعٌ : [المكاتبة علىٰ خدمة مدة ومال] :

وإِنْ كاتبَ عبدَهُ علىٰ خدمةِ شهرٍ ودينارٍ ، فمرضَ العبدُ في الشهرِ أَو في بعضهِ. . فنصَّ الشافعيُّ في « الأمِّ » : (أَنَّ الكتابةَ تبطلُ) . وآختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : هيَ علىٰ طريقينِ ، كما لَوِ آشترىٰ عبدينِ . . فتلفَ أَحدُهما قَبْلَ القبضِ .

أَحدُ الطريقينِ : أَنَّها علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : تبطلُ .

والثاني : لا تبطلُ .

والطريقُ الثاني : لا تبطلُ قولاً واحداً .

وقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : تبطلُ الكتابةُ هاهُنا قولاً واحداً علىٰ ما نصَّ عليهِ ؛ لأَنَّ عقدَ الكتابةِ لا يقعُ علىٰ بعضِ العبدِ ، فإِذا آنفسخَ العقدُ في بَعضهِ. . آنفسخَ في جميعهِ .

فرعٌ : [كاتبه علىٰ عوض موصوف] :

وإِنْ كاتبَ عبدَهُ علىٰ عِوَضٍ موصوفٍ ، فدفعَ المكاتبُ للسيِّدِ العوضَ بصفتهِ وحكمَ بعتقهِ ، ثمَّ خرجَ العِوَضُ الذي دفعَهُ إِليهِ مستحقّاً . . حكمنا ببطلانِ العتقِ وعادَ مكاتباً ؛ لأَنَّ العتقَ وَقعَ بالأَداءِ ، وقد بانَ أَنَّه لَم يؤَدِّ .

= من حين الرضا . وأما علىٰ الوجه الذي يقول : إنه يعتق من حين العتق فإن العتق لا يرتفع) .

(١) في هامش نسخة : (ويجب أن يثبت للسيد الخيار) .

فإنْ كانَ السيِّدُ قالَ له بعدَ الأداءِ : أنتَ حرٌّ ، أو هٰذا حرٌّ . . لم يلزمِ المولىٰ حرِّيَّتُهُ ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ المولىٰ لَم يُرِدِ ٱستئنافَ الحرِّيَّةِ ، وإنَّما أرادَ الإخبارَ عَنِ الحرِّيَّةِ بذٰلكَ ، وهيَ التي وَقعتْ بالأداءِ .

فإنِ ٱدَّعىٰ المكاتبُ أنَّه أرادَ إيقاعَ الحرِّيَّةِ بذٰلكَ وأنكرَ السيِّدُ . . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينهِ ؛ لأنَّه أعلمُ بما أرادَ .

فإنْ قالَ له السيِّدُ قبْلَ الأداءِ أو بعدَ أنْ عَلِمَ ٱستحقاقَ العِوَضِ : أنتَ حرٌّ . . حُكمَ عليهِ بالحرِّيَّةِ ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّه أرادَ إيقاعَ الحرِّيَّةِ بهٰذا القولِ .

فإنِ ٱستحقَّ العِوَضَ بعدَ موتِ المكاتبِ . . بانَ أنَّ المكاتبَ ماتَ رقيقاً ، فيكونُ ما في يدهِ لسيِّدهِ .

فرعٌ : [بيع النجوم مفسوخ] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (وبَيعُ نجومهِ مفسوخٌ . فإنْ أدَّىٰ إلىٰ المشتري كتابتَهُ بإذنِ سيِّدِهِ . . عتقَ ، كما يؤدِّي إلىٰ وَكيلِهِ فيعتقُ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أنَّ السيِّدَ إذا باعَ مالَ الكتابةِ في ذمَّةِ المكاتبِ . . فهلْ يصحُّ بيعُهُ ؟ فيهِ طريقانِ مضىٰ ذكرُهما في البيوعِ .

فإذا قُلنا : لا يصحُّ البيعُ . . فليسَ للمشتري أنْ يطالبَهُ بالأداءِ ، ولا للمكاتبِ أنْ يؤدِّيَ إليهِ ؛ لأنَّه لا يملكُ ذٰلكَ المالَ .

فإنْ خالفَ ودفعَ المالَ للمشتري . . فهلْ يعتقُ ؟

نصَّ الشافعيُّ في موضعٍ : (أنَّه يعتقُ) ، **ونصَّ** في موضعٍ آخَرَ : (أنَّه لا يعتقُ) وٱختلفَ أصحابُنا فيها :

فقالَ أبو إسحاقَ : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإنَّما هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فحيثُ قالَ : (يعتقُ) أرادَ : إذا كانَ السيِّدُ قد أذِنَ لِلمشتري بقبضِ المالِ بصريحِ الإذنِ . . ألا ترىٰ أنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ قالَ هاهُنا : (فإنْ أدَّىٰ إلىٰ المشتري كتابتَهُ بإذنِ سيِّدهِ . . عتقَ ؛ لأنَّه يصيرُ وكيلاً له في القبضِ) ؟

وحيثُ قالَ : (لا يعتقُ) أَرادَ : إذا لَم يصرِّحْ لَه بالإذنِ ، وإنَّما قبضَهُ بمقتضىٰ العقدِ ، والعقدُ فاسدٌ . . ففسدَ مقتضاهُ .

قالَ المحامليُّ : وهذهِ طريقةٌ صالحةٌ .

وقالَ أَبو العبّاسِ وغيرُهُ : هيَ علىٰ قولينِ ، وهوَ ٱختيارُ ٱبنِ الصبَّاغِ :

أَحدُهما : يعتقُ ؛ لأَنَّ بيعَها منهُ يتضمَّنُ الإذنَ لَه في القبضِ ، فأَشبهَ وَكيلَهُ .

والثاني : لا يعتقُ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ المشتريَ قبضَ المالَ لِنفْسهِ لا لِلسيِّدِ ، وإنَّما قبضَهُ بمقتضىٰ البيعِ ، والبيعُ[1] فاسدٌ ، فكانَ القبضُ فاسداً .

فإنْ قُلنا : إنَّه يعتقُ . . فقدْ برىءَ المكاتبُ مِنَ المالِ وليسَ للسيِّدِ مطالبتُهُ بالمالِ ، وإنَّما يطالبُ السيِّدُ المشتريَ ؛ لأَنَّه كالوكيلِ لَه ، ولِلمشتري أَنْ يطالبَهُ بالثمنِ إنْ كانَ قد دفعَهُ إليهِ .

فإنْ قُلنا : إنَّ المكاتبَ لا يعتقُ وهوَ باقٍ علىٰ الكتابةِ . . فللمولىٰ أَنْ يَرجعَ علىٰ المكاتبِ بمالِ الكتابةِ ، وللمكاتبِ أَنْ يَرجعَ علىٰ المشتري بما قبضَ منهُ ، وللمشتري أَنْ يرجعَ علىٰ المولىٰ بما دفعَ إليهِ مِنَ الثمنِ .

مسأَلةٌ : [جناية المكاتب علىٰ طرف سيده] :

وإنْ جنىٰ المكاتبُ علىٰ طرفِ سيِّدهِ ، فإنْ كانتْ عمداً . . فلَه أَنْ يقتصَّ منهُ ، كما يقتصُّ مِنْ عبدهِ القِنِّ . فإذا ٱقتصَّ منهُ . . بقيَ مكاتباً كما كانَ ، وإنْ عفا عنهُ علىٰ مالٍ أَو كانتِ الجنايةُ خطأً . . وَجبَ لَهُ عليهِ الأَرشُ في ذمَّتهِ ؛ لأَنَّ السيِّدَ يثبتُ لَه المالُ في ذمَّةِ مكاتبهِ بالبيعِ ، فكذلكَ في الجنايةِ .

وإنْ جنىٰ علىٰ نفْسهِ ، فإنْ كانتْ عمداً . . جازَ لِلوارثِ أَنْ يقتصَّ منهُ . وإنْ كانتْ خطأً أَو عمداً وعفا عنهُ علىٰ مالٍ . . ثبتَ لَه المالُ عليهِ ، فإنْ كانَ في يدِ المكاتبِ مالٌ

(١) في (م) : (العقد) .

يفي بمالِ الكتابةِ وبالأَرشِ . . كانَ لَه أَنْ يفديَ نفَسَهُ بدفعِ الأَرشِ ممَّا في يدهِ ؛ لأَنَّ لَه صرفَ مالهِ في مصلحتهِ ، وهٰذا مِنْ أَعظمِ المصالحِ .

وبكَمْ يفدي نفْسَهُ في الجنايةِ علىٰ سيِّدهِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ قيمتهِ أَو أَرشِ الجنايةِ .

والثاني : بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَت ، كالقولينِ في العبدِ القِنِّ إِذا جنىٰ علىٰ الأَجنبيِّ وٱختارَ السيِّدُ أَنْ يفديَهُ ؛ لأَنَّه يمكنُ تعجيزُهُ وبيعُهُ في الجنايةِ ، كما يمكنُ بيعُ العبدِ القنِّ .

فإِذا قُلنا : ليسَ لَه أَنْ يفديَ نفْسَهُ إِلاّ بأَقلِّ الأَمرينِ . . دَفعَ أَقلَّ الأَمرينِ مِنْ الأَرشِ أَو قيمتهِ ، وكانَ باقياً علىٰ كتابتهِ .

فإِنْ قُلنا : لَه أَنْ يفديَ نفْسَهُ بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ ، فإِنْ كانَ الأَرشُ أَقلَّ مِنْ قيمتهِ . . دَفعَهُ ولا كلامَ . وإِنْ كانَ الأَرشُ أكثرَ مِنْ قيمتهِ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فدىٰ نفْسَهُ بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ .

وقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : **إِذا قُلنا بهذا** : فهلْ لَه أَنْ يدفعَ ما زادَ علىٰ قيمتهِ إِلىٰ سيِّدهِ ؟ يُبنىٰ علىٰ هبتهِ لسيِّدِهِ :

فإِنْ قُلنا : تصحُّ . . كانَ لَه ذٰلكَ .

وإِنْ قُلنا : لا تصحُّ . . لَم يكنْ لَه ذٰلكَ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وقولُ القاضي يقتضي أَنَّ للسيِّدِ أَنْ يمتنعَ مِنْ قَبولِ ذٰلكَ ؛ لأَنَّه لا يلزمُهُ قَبولُ الهبةِ منهُ . قالَ : وعندي أَنَّه يلزمُهُ قَبولُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّه لا يمكنُهُ أَنْ يفديَ نفْسَهُ إِلاَّ بذٰلكَ . فإِذا أَمكنَهُ أَنْ يؤدِّيَ ذٰلكَ ويؤدِّيَ ما عليهِ مِنْ مالِ الكتابةِ . . لَم يكنْ للسيِّدِ أَنْ يمتنعَ ؛ لأَنَّه يخلِّصُ نفْسَهُ وإِنْ كانَ بأَكثرَ مِنْ قيمتهِ . فإِنْ كانَ ما في يدهِ لا يَفي بمالِ الكتابةِ وأَرشِ الجنايةِ . . فللسيِّدِ تعجيزُهُ وردُّهُ إِلىٰ الرقِّ ؛ لأَنَّه إِذا كانَ لَه تعجيزُهُ عندَ عجزهِ عَنْ أَداءِ مالِ الكتابةِ ، فلأَنْ يكونَ لَه تعجيزُهُ عندَ عجزهِ عَنْ مالِ الكتابةِ وأَرشِ الجنايةِ أَولىٰ . فإِذا عجَّزَهُ . . عادَ رقيقاً وسقطَ عنهُ مالُ الكتابةِ وأَرشُ الجنايةِ ؛ لأَنَّ المولىٰ لا يثبتُ لَه علىٰ عبدهِ مالٌ .

فإنْ أَعتقَهُ سيِّدهُ قَبلَ التعجيزِ ، فإنْ لَم يكنْ في يدِ المكاتبِ مالٌ . . سقطَ أَرشُ الجنايةِ ؛ لأنَّ أَرشَ الجنايةِ تَلِفَ بٱختيارِ سيِّدهِ .

وإنْ كانَ معَهُ مالٌ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يسقطُ الأَرشُ ؛ لأَنَّ الأَرشَ متعلِّقٌ[1] بالرقبةِ وقد أَتلفَها ، فسقطَ الأَرشُ ، كما لَو لَم يكنْ في يدهِ مالٌ[2] .

والثاني : يستوفيهِ ممَّا في يدهِ ؛ لأَنَّ حقَّهُ كانَ متعلِّقاً برقبتهِ وبما في يدهِ ، فإذا تلفتِ الرقبةُ . . بقيَ متعلِّقاً بالمالِ الذي في يدهِ فٱستوفىٰ منهُ .

ويخالفُ إذا لَم يكنْ في يدهِ شيءٌ ؛ لأَنَّ محلَّهُ فاتَ .

فإنْ قطعَ يدَ سيِّدهِ خطأً أَو عمداً وعفا عنهُ علىٰ مالٍ . . وَجبَ لَه الأَرشُ عليهِ ، وفي قدرِ ما يفدي بهِ نفْسَهُ القولانِ .

وهلْ للسيِّدِ أَنْ يستوفيَهُ منهُ قَبْلَ الاندمالِ ؟ فيهِ قولانِ ، كالحرِّ إذا قطعَ يدَ الحرِّ ، ويأْتي بيانُهما في (الجناياتِ) .

فإنْ قُلنا : لَه أَنْ يستوفيَ ذٰلكَ قَبْلَ الاندمالِ . . ٱستوفاهُ . فإنْ بقيَ معَهُ ما يؤدِّي في الكتابةِ . . ٱستوفىٰ منهُ مالَ الكتابةِ . وإنْ لَم يبقَ معَهُ ما يؤدِّي في الكتابةِ . . كانَ للسيِّدِ تعجيزُهُ .

وإنْ قُلنا : ليسَ لَه أَنْ يستوفيَهُ قَبْلَ الاندمالِ ، فإنِ ٱندملَ قَبْلَ أَنْ يؤدِّيَ مالَ الكتابةِ . . فالحكمُ فيهِ كما لَو قُلنا : لَه ٱستيفاؤُهُ قَبْلَ الاندمالِ .

وإنْ أَدّىٰ مالَ الكتابةِ ، وعتقَ قَبْلَ الاندمالِ . . قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (لزمَهُ أَرشُ الطَّرْفِ ، وهوَ نصفُ الديَةِ) .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : ويجيءُ فيهِ قولٌ آخَرُ : أَنَّه يلزمُهُ أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ قيمتهِ أَو أَرشِ

---

(١) في هامش نسخة : (لعل هٰذا التعليق كتعليق حق المساكين علىٰ قولنا : إن الزكاة تتعلق بالذمة دون المال ، فإن المالك إذا لم يؤدِّ من موضع آخر فإن الأداء يتعلق بالمشتري إذا بيع النصاب ، وتؤخذ الزكاة من النصاب ، وكذٰلك صفة التعلق بالرقبة وبالمال علىٰ الوجه الثاني) .

(٢) في (م) : (شيء) .

الجنايةِ بالغاً ما بلغَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ قد لزمَهُ قَبْلَ العتقِ ، فلا يسقطُ العتقُ بما تقدَّمَ وجوبُهُ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : لَه أَنْ يطالبَهُ بجميعِ الأَرشِ بالغاً ما بلغَ قولاً واحداً ؛ لأَنَّه وَجبَ لَه في ذمَّتِهِ دونَ رقبتِهِ ، فأَشبهَ مالَ الكتابةِ .

وإِنْ أَعتقَهُ سيِّدُهُ قَبْلَ الاندمالِ أَو قَبْلَ الأَداءِ ، فإِنْ لَم يكنْ معَهُ مالٌ . . سقطَ عنهُ الأَرشُ . وإِنْ كانَ معَهُ مالٌ . . ففيهِ وجهانِ مضىٰ ذِكرُهما .

مسأَلةٌ : [جناية المكاتب علىٰ أجنبي] :

وإِنْ جنىٰ المكاتبُ علىٰ أَجنبيٍّ ، فإِنْ كانتْ جنايةً توجبُ القصاصَ . . فلَه أَنْ يقتصَّ منهُ . وإِنْ كانتْ توجبُ المالَ أَو كانتْ عمداً فعفا عنهُ علىٰ مالٍ . . ثبتَ لَه المالُ في رقبتِهِ ، فإِنْ كانَ في يدِهِ مالٌ . . فلَهُ أَنْ يفديَ نفْسَهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مِنْ مصلحتِهِ . وبِكَمْ يفدي نفْسَهُ ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : ليسَ لَه أَنْ يفديَ نفَسَهُ مِنَ الأَجنبيِّ إِلا بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ قيمتهِ أَو أَرشِ الجنايةِ قولاً واحداً ؛ لأَنَّه إِنْ كانَ الأَرشُ أَقلَّ . . لَم يستحقَّ المجنيُّ عليهِ أَكثرَ منهُ . وإِنْ كانَ الأَرشُ أَكثرَ مِنْ قيمتهِ . . فما زادَ عليها يجري مجرىٰ الهبةِ ، والمكاتبُ لا يملكُ الهبةَ مِنَ الأَجنبيِّ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ .

ويخالفُ سيِّدَهُ حيثُ قُلنا : يفدي نفْسَهُ منهُ بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ في أَحدِ القولينِ ؛ لأَنَّه يملكُ الهبةَ منهُ .

وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فيما يفدي بهِ نفْسَهُ مِنَ الأَجنبيِّ قولانِ :

أَحدُهما : بأَقلِّ الأَمرينِ .

والثاني : بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ .

فإِذا قُلنا : يفدي نَفْسَهُ بأَقلِّ الأَمرينِ . . كانَ لَه ذٰلكَ بغيرِ إِذنِ السيِّدِ .

وإِنْ قُلنا : يفدي بهِ بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ ، فإِنْ كانَ الأَرشُ أَقلَّ مِنْ قيمتهِ . . كانَ لَه ذٰلكَ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ ، وإِنْ كانَ الأَرشُ أَكثرَ مِنْ قيمتهِ . . لَم يكنْ لَه ذٰلكَ بغيرِ إِذنِ

السيِّدِ ؛ لأنَّه باعَ نفْسَهُ بأكثرَ مِنْ قيمتِها ، فإذا أَذِنَ له سيِّدُهُ في ذٰلكَ . . فهوَ كما لَو وَهبَ لأَجنبيٍّ مالاً بإذنِ سيِّدهِ علىٰ ما مضىٰ .

فإنْ فدىٰ نفْسَهُ . . بقيَ علىٰ الكتابةِ ، وإنْ لمْ يكنْ معَهُ مالٌ يفدي بهِ نفْسَهُ ، أَو كانَ معَهُ مالٌ وآمتنعَ مِنْ فديةِ نفْسِهِ . . كانَ للأَجنبيِّ المجنيِّ عليهِ أَنْ يرفعَهُ إِلىٰ الحاكمِ ليُعجِّزَهُ ويَردَّهُ إِلىٰ الرقِّ ، ويباعَ في أَرشِ جنايتهِ .

وإنِ آختارَ السيِّدُ أَنْ يفديَهُ مِنْ مالهِ ليبقىٰ علىٰ الكتابةِ . . جازَ ، وفيما يلزمُهُ أَنْ يفديَهُ بهِ قولانِ :

أَحدُهما : بأَقلِّ الأمرينِ .

والثاني : بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ .

قالَ الطبريُّ : فإنْ قالَ السيِّدُ : ضمنتُ فداءَهُ . . ففيما يلزمُهُ قولانِ :

أَحدُهما : أَقلُّ الأمرينِ .

والثاني : يلزمُهُ أَرشُ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ .

وإنْ قالَ : ضمنتُ أَرشَ الجنايةِ . . لزمَهُ أَرشُ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ قولاً واحداً .

وإنِ آختارَ السيِّدُ الفداءَ ، ثمَّ رجعَ . . نُظِرَ فيهِ :

فإنْ كانَ العبدُ باقياً . . فلَه الرجوعُ ، ويباعُ في الجنايةِ . وإنْ ماتَ العبدُ بعدَ آختيارِ الفداءِ . . لَم يصحَّ رجوعُ السيِّدِ . وإنْ أَعتقَهُ السيِّدُ قَبْلَ الأداءِ . . لَزمَهُ أَنْ يفديَ العبدَ ؛ لأَنَّه أَتلفَ رقَّهُ بالإعتاقِ ، فلزمَهُ ضمانُهُ ، كما لَو قتلَهُ . ولٰكنْ لا يلزمُهُ إلاَّ أَقلُّ الأمرينِ مِنْ أَرشِ الجنايةِ أَو قيمتهِ قولاً واحداً ؛ لأَنَّه لا يمكنُهُ بيعُهُ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يلزمُهُ أَقلُّ الأمرينِ .

والثاني : يلزمُهُ الأَرشُ بالغاً ما بلغَ . وليسَ بشيءٍ .

وإنْ أَدّىٰ إِلىٰ السيِّدِ مالَ الكتابةِ قَبْلَ الأَرشِ . . عتقَ العبدُ بالأَداءِ ولا شيءَ علىٰ المولىٰ ؛ لأَنَّه مجبورٌ علىٰ القبضِ ، وعلىٰ المكاتبِ بعدَ الإعتاقِ ضمانُ أَرشِ الجنايةِ

غيرَ أنَّه لا يلزمُهُ إلاّ أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ أَرشِ الجنايةِ أَو قيمتهِ قولاً واحداً ؛ لأَنَّ محلَّ أَرشِ الجنايةِ علىٰ الأَجنبيِّ رقبتُهُ لا ذمَّتُهُ ، فلم يستحقَّ المجنيُّ عليهِ أَكثرَ مِنْ هٰذا ، بخلافِ جنايتهِ علىٰ سيِّدهِ ، فإنَّه إذا عتقَ لَزمَهُ الأَرشُ بالغاً ما بلغَ في أَحدِ القولينِ ؛ لأَنَّ محلَّ أَرشهِ ذمَّتُهُ لا رقبتُهُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ جنىٰ المكاتبُ جناياتٍ كثيرةً فأَدَّىٰ مالَ الكتابةِ قَبْلَ أُروشِ الجناياتِ . . عتقَ بالأَداءِ ، ولزمَهُ أَنْ يفديَ نفْسَهُ مِنَ المجنيِّ عليهِم . وفي قَدْرِ ما يلزمُهُ لَهم قولانِ :

أَحدُهما : يلزمُهُ أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ قيمتهِ أَو أَرشِ جنايتهِ علىٰ كلِّ واحدٍ منهُم ؛ لأَنَّ كلَّ واحدةٍ مِنَ الجناياتِ ٱقتضتْ أَنْ يَفديَها بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ قيمتهِ أَو أَرشِها ، وقدْ منعَ نفْسَهُ منها بأَدائهِ وعتقهِ ، فضمِنَ ذٰلكَ ، كما لَو ٱنفردتْ .

فعلىٰ هٰذا : قدْ يلزمُهُ عشرونَ قيمةً[١] ، بأَنْ يجنيَ علىٰ عشرينَ نفساً .

والقولُ الثاني : لا يلزمُهُ إلاَّ أَقلُّ[٢] الأَمرينِ مِنْ قيمتهِ أَو جميعِ الأُروشِ ، وهوَ ٱختيارُ المُزنيِّ . **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ أُروشَ الجناياتِ كلَّها تعلَّقتْ برقبتهِ ، وقدْ أَتلفَها بالعتقِ في الأَداءِ ، فلَم يلزمْهُ أَكثرُ مِنْ قَدْرِ قيمتهِ ، كما لَو منعَ مانعٌ مِنْ بيعهِ بقتلِهِ .

فعلىٰ هٰذا : لا يلزمُهُ إلا قيمةٌ واحدةٌ ، فإنْ كانتِ الأُروشُ أَكثرَ مِنها . . تحاصُّوا فيها علىٰ قَدْرِ حقوقِهم .

وإنْ جنىٰ جناياتٍ كثيرةً فبادرَ سيِّدُهُ وأَعتقَهُ قَبْلَ الأَداءِ . . عتقَ ، ولزمَ السيِّدَ أَنْ يفديَهُ ؛ لأَنَّه أَتلفَ محلَّ الأَرشِ . وفي قَدْرِ ما يلزمُهُ القولانِ في المكاتبِ إذا عتقَ بالأَداءِ :

أَحدُهما : أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ قيمتهِ أَو أَرشِ جنايتهِ علىٰ كلِّ واحدٍ منهُم .

والثاني : أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ قيمتهِ أَو أَرشِ الجناياتِ كلِّها .

---

(١) أي قيمة جنايات ، أو قدر قيمته التي كانت فداء .

(٢) في نسخة : (لا يلزمه أقل) .

وإنْ عجَّزَهُ أصحابُ الجناياتِ أو عجَّزَهُ السيِّدُ بمالِ الكتابةِ وفسخَ الكتابةَ . . عادَ قِنّاً ، ووَجبَ تسليمُهُ للبيعِ . فإنْ أرادَ السيِّدُ أنْ يفديَهُ . . ففيهِ قولانِ :

أحدُهما : يفديهِ بأقلِّ الأمرينِ مِنْ قيمتِهِ أو أُروشِ الجناياتِ كلِّها .

والثاني : بأُروشِ الجناياتِ بالغةً ما بلغتْ .

وإنْ جنىٰ المكاتبُ جناياتٍ ، وأقامَ علىٰ الكتابةِ ، ولَم يعجِّزْ نفْسَهُ ، وأرادَ أنْ يفديَ نفْسَهُ . . قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (يفدي نفْسَهُ بالأقلِّ مِنْ قيمتهِ أو أرشِ كلِّ جنايةٍ) .

فقالَ أبو إسحاقَ : **الأشبهُ عندي** أنْ تكونَ هٰذهِ علىٰ قولينِ :

أحدُهما : يفدي بالأقلِّ مِنْ أرشِ كلِّ جنايةٍ أو القيمةِ .

والثاني : أنَّه يفدي بالأقلِّ مِنْ أُروشِ الجناياتِ كلِّها أو القيمةِ ، كما لو أدّىٰ وعتقَ ؛ لأنَّه منعَ نفْسَهُ مِنَ البيعِ بعدمِ العجزِ كما منعَ منهُ بالعتقِ بالأداءِ . **ونصَّ الشافعيُّ** رحمهُ اللهُ علىٰ أحدِ القولينِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : يفدي نفْسَهُ بالأقلِّ مِنْ أرشِ كلِّ جنايةٍ أو قيمتهِ قولاً واحداً .

والفرقُ بينهُما : أنَّه إذا أدّىٰ وعتقَ . . فهوَ متلِفٌ لرقبتهِ ، فلا يضمنُ إلاَّ قيمتَها . وإذا كانَ مكاتباً . . فالرقبةُ قائمةٌ يمكنُ تسليمُها للبيعِ ، فإذا منعَ مِنْ ذٰلكَ . . ضَمِنَ لكلِّ واحدٍ منهُم أقلَّ الأمرينِ مِنْ قيمتهِ أو أرشِ جنايتهِ .

قالَ ابنُ الصبَّاغِ : وهٰذا الفرقُ يبطلُ بهِ إذا عجزَ وفُسِخَتِ الكتابةُ واختارَ السيِّدُ الفداءَ ، فإنَّه مانعٌ مِنْ بيعهِ معَ بقاءِ الرقبةِ ولا يضمَنُ لكلِّ واحدٍ منهُم إلاّ أقلَّ الأمرينِ .

فرعٌ : [إقرار المكاتب بجناية] :

وإنْ أقرَّ المكاتبُ بجنايةٍ موجبةٍ لِلقِصاصِ . . قُبِلَ إقرارُهُ ؛ لأنَّه لا يُتَّهمُ في ذٰلكَ .

وإنْ أقرَّ بجنايةٍ موجبةٍ لِلمالِ . . ففيهِ قولانِ ، ومنهُم مَنْ يحكيهِما وجهينِ :

أَحدُهما : يُقبَلُ ، **وهوَ الأَصحُّ**[١] ؛ لأَنَّه لا يُتَّهمُ ، ولأَنَّه إِقرارٌ بمالٍ فقُبِلَ إِقرارُهُ ، كما لَو أقرَّ بدَينِ معاملةٍ .

والثاني : لا يُقبَلُ ؛ لأَنَّه مملوكٌ فلا يُقبَلُ إِقرارُهُ بجنايةٍ موجبةٍ للمالِ ، كالعبدِ القِنِّ .

فإِذا قُلنا : يقبَلُ ، فأَقرَّ بجنايةٍ أَرشُها أَلفٌ ، ثمَّ عجزَ ورقَّ ، فٱدَّعىٰ السيِّدُ أَنَّ الأَرشَ خَمسُ مئةٍ . . فهلْ يُقبَلُ مِنَ السيِّدِ ؟ فيهِ قولانِ حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » :

أَحدُهما : لا يُقبَلُ ؛ لأَنَّا قَبِلنا إِقرارَ المكاتبِ بالأَلفِ .

والثاني : يُقبَلُ ؛ لأَنَّه قدْ عادَ قِنّاً .

فرعٌ : [جناية عبد المكاتب] :

إِذا كانَ لِلمكاتبِ عبدٌ يملكُ بيعَهُ فجنىٰ علىٰ مولىٰ المكاتبِ أَو علىٰ أَجنبيٍّ ، فإِنْ كانتِ الجنايةُ عمداً . . فللمجنيِّ عليهِ أَنْ يَقتصَّ منهُ . وإِنْ كانتْ خطأً ، أَو عمداً وعُفيَ عنهُ علىٰ مالٍ . . تعلَّقَ الأَرشُ برقبةِ العبدِ الجاني ، وللمكاتبِ أَنْ يَفديَهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مِنْ مصلحةِ مالهِ . فإِنِ ٱختارَ أَنْ يفديَهُ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يفديهِ بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ قيمةِ الجاني أَو أَرشِ جنايتهِ .

والثاني : يفديهِ بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ ، أَو يسلِّمُهُ للبيعِ .

فإِنْ قُلنا : يفديهِ بأَقلِّ الأَمرينِ . . كانَ لَه ذٰلكَ بغيرِ إِذنِ السيِّدِ .

وإِنْ قُلنا : يفديهِ بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ ، فإِنْ كانَ الأَرشُ بقَدْرِ القيمةِ أَو أَقلَّ[٢] . . كانَ لَه ذٰلكَ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ . وإِنْ كانَ الأَرشُ أَكثرَ مِنْ قيمتهِ . . لَم يكنْ لَه ذٰلكَ بغيرِ إِذنِ سيِّدِهِ ، فإِنْ أَذنَ لَه سيِّدُهُ في ذٰلكَ . . فهوَ كما لَو أَذنَ لَه في الهبةِ لغيرهِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ قيمةَ العبدِ الجاني تُعتبرُ يومَ جنايتهِ ، **نصَّ عليهِ الشافعيُّ** .

---

(١) في نسختين : (الصحيح) .
(٢) في نسخة : (كانت قيمته أكثر من الأرش) .

وقالَ القفَّالُ : بلْ يجبُ أَنْ تُعتبرَ قيمتُهُ يومَ الفداءِ ؛ لأَنَّ ٱستدامةَ مِلكهِ إِنَّما تقعُ في هٰذا اليومِ ، والنصُّ محمولٌ عليهِ إِذا تقدَّمَ مِنَ السيِّدِ منعٌ مِنَ البيعِ .

فإِنْ كانَ للمكاتبِ عبدٌ لا يَملكُ بيعَهُ ـ كوالدِهِ أَو وَلدِهِ ـ فجنىٰ جنايةً توجبُ المالَ . . لَم يكنْ لَه أَنْ يفديَهُ بشيءٍ مِنْ مالهِ مِنْ غيرِ إِذنِ سيِّدِهِ ؛ لأَنَّه لا يَملكُ بيعَهُ فلَم يكنْ لَه أن يخرجَ مالاً يملكُ التصرُّفَ فيهِ بمالٍ لا يملكُ التصرُّفَ فيهِ . فإِنْ كانَ لهٰذا العبدِ كسبٌ . . دفعَ الأَرشَ مِنْ كسبهِ . وإِنْ لَم يكنْ لَه كسبٌ . . **فالمنصوصُ** : (أَنَّه يباعُ في الأَرشِ) . فإِنِ ٱستغرقَ الأَرشُ قيمتَهُ . . بيعَ جميعُهُ . وإِنْ لَم يستغرقِ الأَرشُ قيمتَهُ . . بيعَ منهُ بقَدْرِ الأَرشِ ، وبقيَ الباقي علىٰ مِلكِ المكاتبِ . وإِنْ لَم يُمكنْ[1] أَنْ يباعَ منهُ بقَدْرِ الأَرشِ إِلاَّ ببيعِ جميعهِ . . بيعَ جميعُهُ ، ويُصرَفُ قَدْرُ الأَرشِ إِلىٰ المجنيِّ عليهِ ، وما بقيَ مِنْ ثمنهِ يكونُ للمكاتبِ .

وحكىٰ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : أَنَّ مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يتعلَّقُ الأَرشُ برقبتهِ ، ولا يباعُ في الأَرشِ ؛ لأَنَّ الشرعَ منعَ مِنْ بيعِ الوالدينِ والمولودِينَ .

مسأَلةٌ : [اجتماع حقوق علىٰ المكاتب] :

إِذا ٱجتمعَ علىٰ المكاتبِ دَينُ الكتابةِ، وأَرشُ الجنايةِ، ودَينُ المعاملةِ، وعِوضُ القرضِ، فإِنْ كانَ في يدهِ مالٌ يَفي بها . . فليسَ للحاكمِ أَنْ يَحْجُرَ عليهِ ؛ لأَنَّ مالَهُ يَفي بدَينهِ .

فإِنْ كانتِ الديونُ كلُّها حالَّةً . . فللمكاتبِ أَنْ يقضيَ مَنْ شاءَ منهُم أَوَّلاً ، كالحُرِّ . وإِنْ كانَ بعضُها حالاً وبعضُها مؤَجَّلاً ، فإِنْ قضىٰ الحالَّ منها . . صحَّ ، وإِنْ أَرادَ أَنْ يُعجِّلَ المؤَجَّلَ ، فإِنْ كانَ المؤَجَّلُ لغيرِ السيِّدِ . . لَم يصحَّ قضاؤُهُ قَبْلَ حلولهِ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ تبرُّعٌ ، فإِنْ أَذنَ لَه سيِّدُهُ في تعجيلِهِ . . فهوَ كما لَو وَهبَ بإِذنهِ . وإِنْ كانَ المؤَجَّلُ لسيِّدِهِ وأَرادَ تعجيلَهُ لَه . . فهوَ كما لَو وَهبَ لسيِّدهِ مالاً ، علىٰ ما مضىٰ .

فإِذا قضىٰ دَينَ المعاملةِ وعِوضَ القرضِ . . بقيَ مالُ الكتابةِ وأَرشُ الجنايةِ ، وإِنْ قضىٰ دَينَ الكتابةِ أَوَّلاً . . عتقَ بالأَداءِ ، وبقيَ دَينُ المعاملةِ وأَرشُ الجنايةِ في ذمَّتهِ .

---

(١) في (م) : (يكن له) .

فإنْ قيلَ : هلاَّ قُلتم : إنَّه لا يعتقُ بالأداءِ قَبْلَ أَنْ يؤدِّيَ أَرشَ الجنايةِ ، كما قُلتم في عتقِ الجاني في أحدِ القولينِ ؟

قُلنا : فالجوابُ : أَنَّ العتقَ هاهُنا وقعَ بالصفةِ السابقةِ لِلجنايةِ ، فلَم تكنِ الجنايةُ مانعةً منهُ ، أَلا ترىٰ أَنَّه لَو قالَ لعبدهِ : إذا دخلتَ الدارَ فأنتَ حرٌّ ، ثم جنىٰ ، ثمَّ دخلَ الدارَ . . فإنَّه يعتقُ بالصفةِ السابقةِ ولا يمنعُ منهُ أَرشُ الجنايةِ المتعلِّقُ برقبتهِ ؟ فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

وإنْ كانَ مالُهُ[1] لا يفي بدُيونهِ ، وسأَلَ غرماؤُهُ الحاكمَ الحَجْرَ عليهِ . . نَظرتَ :

فإنْ سأَلَهُ المولىٰ أَنْ يَحجُرَ عليهِ لأَجلِ مالِ الكتابةِ . . لَم يَحجُرْ عليهِ بسؤالهِ ؛ لأَنَّ دَينَهُ غيرُ مستقرٍّ ؛ لأَنَّ لِلعبدِ أَنْ يُسقِطَهُ بالعجزِ .

وإنْ سأَلَهُ مَنْ لَه دَينُ معاملةٍ أَو عِوضُ قَرضٍ أَو أَرشُ جنايةٍ أَنْ يَحجُرَ عليهِ لأَجلِ دُيونِهم . . حَجَر عليهِ ؛ لأَنَّه ليسَ بأَولىٰ مِنَ الحُرِّ ، فإذا جازَ الحَجْرُ علىٰ الحُرِّ لِما عليهِ مِنَ الدَّينِ . . فالمكاتبُ أَولىٰ .

فإذا حَجَر عليهِ وكانتْ دُيونُهُم كلُّها حالَّةً أَو بعضُها مؤَجَّلاً ، وقُلنا يحلُّ المؤَجَّلُ بالحَجْرِ . . فنقلَ المُزنيُّ : (أَنَّ الحاكمَ إذا أَوقفَ مالَهُ . . أَدَّىٰ إلىٰ سيِّدهِ وإلىٰ الناس دُيونَهُم شَرَعاً) . يريدُ : سواءً .

واْختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ : فحملَ أَبو إسحاقَ المروزيُّ كلامَ الشافعيِّ علىٰ ظاهرهِ وقالَ : يُساوىٰ بينَ السيِّدِ وبينَ سائرِ الغرماءِ ويُقسَّطُ مالُهُ بينَهُم علىٰ قَدْرِ دُيونهم ؛ لأَنَّ الحُرَّ إذا حُجِرَ عليهِ . . قُسِّمَ مالُه بينَ غرمائهِ علىٰ قَدْرِ دُيونِهم ، فكذٰلكَ المكاتبُ .

وقالَ سائرُ أَصحابنا : لا يُساوىٰ بينهُم ، **وهوَ الصحيحُ** ، بلْ يُقدَّمُ دَينُ المعاملةِ وبدلُ القرضِ علىٰ أَرشِ الجنايةِ ومالِ الكتابةِ ؛ لأَنَّ دَينَهُما يختصُّ بما في يدهِ ، والمجنيُّ عليهِ والسيِّدُ يرجعانِ إلىٰ الرقبةِ . فإنْ لَم يفِ مالُهُ بدَينِ المعاملةِ وبَدلِ القرضِ . . قُسِّمَ بينَهُما علىٰ قَدْرِهما ، وإنْ بقيَ مِنْ مالهِ[2] شيءٌ بعدَهُما . . قُدِّمَ أَرشُ الجنايةِ علىٰ مالِ

---

(١) في (م) : (ملكه) ، وفي نسخة : (له مال يفي) .
(٢) في (م) : (مالهما) : أي المستحقِّينِ .

الكتابةِ ؛ لأَنَّه مستقرٌّ ودينُ الكتابةِ غيرُ مستقرٍّ . وتأَوَّلوا كلامَ الشافعيِّ تأويلينِ :

أَحدُهما : أَنَّه أَرادَ : إِذا كانَ مالُهُ يفي بدَينهِ ، وإِنَّما حَجَرَ عليهِ الحاكمُ ؛ لأَنَّه خافَ إِفلاسَهُ ، فيُسوِّي بينَهُم حينئذٍ في القسمةِ .

والثاني : أَنَّه أَرادَ : إِذا وصَّى غرماؤُهُ بأَنْ يُسوَّىٰ بينهُم في القِسمةِ ، فإِنْ ماتَ المكاتبُ قَبْلَ قسمةِ مالهِ . . سقطَ عنهُ مالُ الكتابةِ ؛ لأَنَّها ٱنفسختْ بموتهِ ، وسقطَ أَرشُ الجنايةِ ؛ لأَنَّه تعلَّقَ برقبتهِ وقد فاتتْ ، ولأَنَّه تعلَّقَ بمالهِ بحكمِ الكتابةِ وقدِ ٱنفسختِ الكتابةُ ، فلَم يبقَ لَها محلٌّ ، ويبقىٰ دَينُ المعاملةِ وبدلُ القرضِ فيتقاصَّانِ ما[1] كانَ في يدهِ ، فإِنْ وَفَّىٰ مالُهُ بِهما . . فلا كلامَ ، وإِنْ لَم يفِ مالُه بهِما . . قُسِّطَ مالُه بينَهُما علىٰ قَدْرِهما ، وإِنْ بقيَ مِنْ مالهِ شيءٌ بعدَهُما . . كانَ لسيِّدِهِ بحكمِ الملكِ لا بحكمِ الكتابةِ . هٰذا نقلُ أَصحابِنا البغداديِّينَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يقدَّمُ دَينُ المعاملةِ والقرضُ علىٰ أَرشِ الجنايةِ بعدَ موتهِ ؛ لِما ذكرناهُ .

والثاني : يُسوَّىٰ بينَ الجميعِ ؛ لأَنَّه لا محلَّ للجنايةِ بعدَ موتهِ إِلاَّ بمالهِ .

وأَمَّا إِذا لَم يكنْ في يدِ المكاتبِ مالٌ ، فإِنِ ٱختارَ أَصحابُ الديونِ إِنظارَهُ إِلىٰ أَنْ يكتسبَ . . جازَ ، وإِنْ لَم يَختاروا إِنظارَهُ وأَرادوا[2] تعجيزَهُ . . نظرتَ :

فإِنْ طلبَ مَنْ لَه دَينُ المعاملةِ وبدلُ القرضِ تعجيزَهُ وردَّهُ إِلىٰ الرقِّ . . لَم يكنْ لَهما ذٰلكَ ؛ لأَنَّه لا فائدةَ لَهما في ذٰلكَ ؛ لأَنَّ حقَّهُما متعلِّقٌ بما في يدهِ لا في رقبتهِ[3] ، بلِ الحظُّ لَهما في تركهِ علىٰ الكتابةِ ؛ لجوازِ أَنْ يكتسبَ مالاً ، فيقضيَ دَينَهُما منهُ .

وإِنْ أَرادَ المولىٰ تعجيزَهُ وردَّهُ إِلىٰ الرقِّ لِما عليهِ لَه مِنْ مالِ الكتابةِ . . كانَ لَه ذٰلكَ ، فإِنْ عجَّزَهُ . . ٱنفسختِ الكتابةُ وسقطَ دَينُ المعاملةِ وبدلُ القرضِ ، وتعلَّقَ برقبتهِ أَرشُ

---

(١) في نسختين : (فيُقضيان مما) .

(٢) في (م) : (اختاروا) .

(٣) في نسخة : (ذمته) .

الجنايةِ . فإنِ ٱختارَ السيِّدُ تسليمَهُ لِلبيعِ . . بيعَ في الجنايةِ ، وإنِ ٱختارَ أَنْ يفديَهُ . . كانَ لَه ذٰلكَ . وبِكَم يفديهِ ؟ علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ قيمتهِ أَو أَرشِ الجنايةِ .

والثاني : بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ .

وإنْ أَرادَ المجنيُّ عليهِ تعجيزَهُ . . كانَ لَه ذٰلكَ ، ولٰكنْ ليسَ لَه أَنْ يفسخَ الكتابةَ بنفْسِهِ ، بلْ يرفعُ الأَمرَ إِلىٰ الحاكمِ ليفسخَ الكتابةَ ويبيعَهُ بأَرشِ الجنايةِ ، إلاَّ أَنْ يختارَ السيِّدُ أَنْ يُبقيَهُ علىٰ الكتابةِ ويَفديَهُ ، فلَه ذٰلكَ . وبِكَمْ يفديهِ ؟ علىٰ القولينِ .

قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ رحمهُ اللهُ : إذا عجَّزَهُ المجنيُّ عليهِ ، فإنْ كانَ الأَرشُ يحيطُ بالثمنِ . . بِيعَ جميعُهُ وقُضيَ حقُّ المجنيِّ عليهِ ، وإنْ كانَ الأَرشُ دونَ الثمنِ . . بِيعَ منهُ بقَدْرِ ما يقضي بهِ الأَرشَ ، وبقيَ الباقي علىٰ الكتابةِ ، فإذا أَدَّىٰ كتابةَ باقيهِ . . عتقَ . وهلْ يقوَّمُ الباقي علىٰ المولىٰ إنْ كانَ موسِراً ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يقوَّمُ ؛ لأَنَّه وجدَ بسببِ العتقِ قَبْلَ التبعيضِ .

والثاني : يقوَّمُ عليهِ ؛ لأَنَّ ٱختيارَهُ للإنظارِ كٱبتداءِ العتقِ .

مسأَلةٌ : [الجناية علىٰ المكاتب] :

وإذا جُنيَ علىٰ المكاتبِ ، فإنْ كانتْ علىٰ نفْسهِ . . ٱنفسختِ الكتابةُ .

فإنْ كانَ الذي جنىٰ عليهِ أَجنبيّاً . . وَجبتْ عليهِ قيمتُهُ لسيِّدِهِ ، وإنْ كانَ الذي جنىٰ عليهِ سيِّدُهُ . . لَم يجبْ عليهِ شيءٌ وكانَ لَه أَخذُ كسبهِ .

فإنْ قيلَ : أَليسَ القاتلُ لا يستحقُّ تركةَ المقتولِ ؟

قُلنا : إِنَّما لا يستحقُّهُ بالإرثِ ، وهٰذا ليسَ بإرثٍ ، وإِنَّما هوَ لحقِّ المِلكِ .

وإنْ كانتِ الجنايةُ علىٰ طَرَفهِ ، فإنْ كانتِ الجنايةُ عَمداً ، وكانَ الجاني ممَّن يستحقُّ عليهِ المكاتبُ القِصاصَ . . فلَه أَنْ يستوفيَ القِصاصَ .

وحكىٰ الربيعُ قولاً آخَرَ : أَنَّ للسيِّدِ منعَهُ مِنَ القِصاصِ .

قالَ أَصحابُنا : وهٰذا لا يُعرَفُ لِلشافعيِّ ، بلْ هوَ مِنْ تخريجِ الربيعِ ؛ لأَنَّ القِصاصَ لِلتشفِّي ودركِ الغيظِ ، والمكاتبُ كغيرهِ في ذٰلكَ .

وإنْ كانتِ الجنايةُ خطأً أَو عمداً علىٰ مَنْ لا يستحقُّ عليهِ المكاتبُ القِصاصَ ، أَو عفا عَنِ القِصاصِ علىٰ مالٍ . . كانَ الأَرشُ للمكاتبِ ؛ لأنَّه ككَسبهِ .

وإنْ كانَ لِلمكاتبِ عبدٌ يملكُ بيعَهُ فجنىٰ علىٰ المكاتبِ . . كانَ للمكاتبِ أَنْ يقتصَّ منهُ إنْ كانتِ الجنايةُ يجبُ فيها القِصاصُ ، وإنْ كانتْ خطأً . . لَم يثبتْ لَه عليهِ أَرشٌ ؛ لأَنَّ المولىٰ لا يثبتُ لَه المالُ علىٰ عبدِهِ .

وإنْ مَلكَ المكاتبُ والدَهُ أَو وَلدَهُ فجنىٰ علىٰ المكاتبِ جنايةً توجبُ المالَ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما : أَنَّه يبيعُهُ ؛ لأَنَّه يستفيدُ بالبيعِ أَرشَ الجنايةِ ، ويخالفُ غيرَهُما ؛ لأَنَّه لا يستفيدُ بالبيعِ شيئاً ؛ لأنَّه يَملكُ بيعَهُ مِنْ غيرِ جنايةٍ .

والثاني : لا يجوزُ لَه بيعُهُ ؛ لأَنَّه مملوكٌ ، فلا يجبُ لَه عليهِ مالٌ .

وما ذَكرهُ الأَوَّلُ . . يَبطلُ بالعبدِ المرهونِ ، إذا جنىٰ علىٰ الراهنِ .

وإنْ جنىٰ بعضُ عبيدِ المكاتبِ علىٰ بعضٍ جنايةً توجبُ القصاصَ . . فلَه أَنْ يقتصَّ مِنَ الجاني ؛ لأَنَّه مِنْ مصلحةِ مالهِ ؛ لأنَّه إذا لَم يستوفِ القِصاصَ . . كانَ ذٰلكَ ذريعةً إلىٰ إقدامِ بعضِهِم علىٰ بعضٍ . وإنْ كانتْ خطأً أَو عمداً وعفا عنهُ علىٰ مالٍ . . لَم يثبتْ لَه المالُ ؛ لأَنَّ السيِّدَ لا يثبتُ لَه المالُ علىٰ عبدهِ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

بابُ الكتابةِ الفاسدةِ

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (ولَو كاتبَ عبدَهُ كتابةً فاسدةً فأَدَّىٰ . . عَتقَ ، ورجعَ عليهِ السيِّدُ بقيمتهِ يومَ عتقَ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ العتقَ المعلَّقَ بالصِّفاتِ علىٰ ثلاثةِ أَضرُبٍ :

عتقٌ معلَّقٌ بصفةٍ محضةٍ لا مدخلَ لِلعوضِ فيها .

وعتقٌ معلَّقٌ بصفةٍ فيها معاوَضةٌ والمغلَّبُ فيها حكمُ المعاوَضةِ .

وعتقٌ معلَّقٌ بصفةٍ فيها معاوَضةٌ والمغلَّبُ فيها حكمُ الصِّفةِ .

فأَمّا [**الضربُ الأَوَّلُ** : وهوَ] العتقُ المعلَّقُ بصفةٍ لا عِوَضَ فيها ، فمثلُ قولهِ : إِنْ دخلتَ الدارَ فأَنتَ حرٌّ ، وإِنْ كلَّمتَ فلاناً فأَنتَ حُرٌّ ، فهٰذهِ صفةٌ لازمةٌ مِنْ جهةِ السيِّدِ والعبدِ ، فمتىٰ وُجدَتِ الصفةُ . . عتقَ العبدُ .

وفي معنىٰ هٰذا : إِذا قالَ : إِنْ أَعطيتَني أَلفاً فأَنتَ حُرٌّ ، فهٰذا وإِنْ تضمَّنَ عطيَّةَ الأَلفِ . . فليسَ هوَ علىٰ وجهِ العِوَضِ ، وإِنَّما العطيَّةُ صفةٌ في وقوعِ العتقِ ، فليسَ للسيِّدِ ولا لِلعبدِ فسخُ هٰذهِ الصفةِ .

وإِنْ أَبرأَ السيِّدُ العبدَ مِنَ الأَلفِ . . لَم يعتقْ ؛ لأَنَّ العتقَ يقعُ بوجودِ الصفةِ ، وهيَ العطيَّةُ ، والإِبراءُ ليسَ بعطيَّةٍ . وإِنْ ماتَ السيِّدُ . . بطَلتِ الصفةُ . وإِنْ كسبَ العبدُ مالاً قَبْلَ وجودِ العطيَّةِ . . كانَ لسيِّدهِ . وإِنْ دفعَ الأَلفَ إِلىٰ السيِّدِ . . ملكَهُ السيِّدُ ، وكانَ للسيِّدِ ما بقيَ في يدِ العبدِ ، ولا تراجعَ بينَ السيِّدِ والعبدِ . **هٰذا هوَ المذهبُ** .

ومِنْ أَصحابِنا الخراسانيِّينَ مَنْ قالَ : حكمُهُ حكمُ الكتابةِ الفاسدةِ ؛ لأَنَّه في الحقيقةِ كتابةٌ علىٰ نجمٍ واحدٍ .

وأَمّا الضربُ الثاني : وهوَ العتقُ المعلَّقُ بصفةٍ والمغلَّبُ فيهِ حكمُ العِوَضِ : فهوَ العتقُ في الكتابةِ الصحيحةِ ، وقدْ مضىٰ بيانُهُ .

وأَمَّا الضربُ الثالثُ : وهوَ العتقُ المعلَّقُ بصفةٍ فيها معاوَضةٌ والمغلَّبُ فيهِ حكمُ الصفةِ : فهوَ الكتابةُ الفاسدةُ ، بأَنْ يكاتبَ عبدَهُ علىٰ خمرٍ أَو خنزيرٍ أَو شرطٍ فاسدٍ ، فإِنَّ المعاوَضةَ فيها يبطلُ حكمُها ؛ لفسادِ العقدِ ، وتبقىٰ الصفةُ وهٰذهِ صفةٌ جائزةٌ مِنَ الطرفينِ .

فإِنِ ٱمتنعَ العبدُ مِنَ الأَداءِ . . لَم يُجبرْ عليهِ ؛ لأَنَّه إِذا لَم يُجبرْ علىٰ الأَداءِ في الكتابةِ الصحيحةِ . . فلأَنْ لا يُجبرَ علىٰ الأَداءِ في الكتابةِ الفاسدةِ أَولىٰ . وللسيِّدِ أَيضاً أَنْ يُبطلَ الصفةَ ؛ لأَنَّ السيِّدَ إِنَّما دخلَ في العقدِ ورضيَ بالصفةِ . . ليسلِّمَ لَه العوضَ الذي شرطَهُ ، ولَم يسلَّمْ لَه ، فكانَ لَه الرجوعُ فيها .

وكيفيَّةُ الرجوعِ : هوَ أَنْ يقولَ : قدْ رَجعتُ في الصفةِ وأَبطلتُها .

قالَ الشافعي رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (ويُشهدُ علىٰ ذٰلكَ) .

قالَ أَصحابُنا : لَم يُردْ بهٰذا : أَنَّ الإِشهادَ شرطٌ في صحَّةِ الرجوعِ ، وإِنَّما هوَ ليُثبِتَ أَنَّه قد رجعَ فيها وأَبطلَها . وللسيِّدِ أَنْ يُبطلَ الصفةَ بنفْسِهِ مِنْ غيرِ حاكمٍ ؛ لأَنَّه مُجمَعٌ عليهِ ، فهوَ كفسخِ البيعِ للعيبِ .

فإِنْ جُنَّ المولىٰ ، أَو أُغميَ عليهِ ، أَو حُجِرَ عليهِ لسفهٍ قَبْلَ الأَداءِ . . بطلتِ الصفةُ ، ولَم يعتقِ العبدُ بأَداءِ العِوَضِ بعدَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّه عقدٌ جائزٌ ، فبطلَ بالجنونِ والإِغماءِ ، كالوكالةِ والشركةِ .

ولَو علَّقَ عتقَ عبدِهِ علىٰ دخولِ الدارِ ، فجنَّ المولىٰ أَو أُغميَ عليهِ . . لَم تبطلِ الصفةُ ؛ لأَنَّ المولىٰ لا يملكُ إِبطالَ الصفةِ المجرَّدةِ ، بلْ هيَ لازمةٌ معَ بقاءِ المِلكِ . **هٰذا هوَ المنصوصُ** .

وحكىٰ المحامليُّ : أَنَّ الشيخَ أَبا حامدٍ قالَ : عندي أَنَّ الصفةَ في الكتابةِ الفاسدةِ لا تبطلُ بجنونِ المولىٰ ، كما لا يبطلُ العتقُ المعلَّقُ بدخولِ الدارِ ، وحَملَ النصَّ علىٰ أَنَّ السيِّدَ إِذا قبضَ في حالِ جنونهِ . . لَم يعتقِ العبدُ ؛ لأَنَّه قبضٌ غيرُ صحيحٍ ، فلا يقعُ بهِ العتقُ .

وإنْ ماتَ المولىٰ قَبْلَ أداءِ المالِ إليهِ . . بطلتِ الصفةُ ، ولَم يعتقِ العبدُ بالأَداءِ إلىٰ ورثتهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ وأَحمدُ : (لا يبطلُ ، وإذا أَدَّىٰ إلىٰ وَرثتهِ . . عتقَ) .

دليلُنا : أَنَّه عقدٌ جائزٌ مِنَ الطرفينِ لا يؤولُ إلىٰ اللُّزومِ ، فبطلَ بالموتِ ، كالوكالةِ والشركةِ .

وإنْ جُنَّ العبدُ أَو أُغميَ عليهِ . . لَم تبطلِ الصفةُ ؛ لأَنَّ العبدَ محجورٌ عليهِ بالرقِّ قَبْلَ الجنونِ ، فلا يتجدَّدُ لَه بالجنونِ الحَجْرُ ، ولأَنَّ العبدَ لا يَملكُ إبطالَ الصفةِ ، وإنَّما لَه أَنْ يعجِّزَ نفسَهُ ، فلا ينفسخُ بجنونهِ .

وإنْ ماتَ العبدُ قَبْلَ الأَداءِ . . بطلتِ الصفةُ ؛ لأَنَّ العتقَ لا يلحقُهُ بعدَ الموتِ .

وإنْ أَدَّىٰ العبدُ إلىٰ سيِّدهِ العِوَضَ الذي كاتبَهُ عليهِ قَبْلَ بطلانِ الصفةِ بشيءٍ ممَّا ذكرناهُ . . عتقَ العبدُ ؛ لأَنَّ العقدَ اشتملَ علىٰ معاوَضةٍ وصفةٍ ، فإذا بطلتِ المعاوَضةُ . . بقيتِ الصفةُ ، فعتقَ بها .

وإنْ أَبرأَهُ السيِّدُ مِنَ المالِ الذي كاتبَهُ عليهِ . . لَم يعتقْ ؛ لأَنَّه إنَّما يعتقُ هاهُنا بالصفةِ ، وهيَ قولُه : فإذا أَدَّيتَهُ فأَنتَ حُرٌّ ، والصفةُ لا توجدُ في البراءةِ ، بخلافِ الكتابةِ الصحيحةِ ، فإنَّه إذا أبرأَهُ مِنْ مالِ الكتابةِ . . عتقَ ؛ لأَنَّ المغلَّبَ فيهِ حكمُ المعاوضةِ . فإذا أبرأَهُ مِنَ المالِ . . صارَ كأَنَّه أَدَّاهُ وعتقَ ، وإذا عتقَ العبدُ في الكتابةِ الفاسدةِ بالأَداءِ . . كانَ لَه ما كسبَهُ بعدَ الكتابةِ .

وإنْ كاتبَ جاريةً ، وأَتتْ بولدٍ بعدَ الكتابةِ ، وقُلنا : يتبعُها في الكتابةِ الصحيحةِ . . تبعَها في الكتابةِ الفاسدةِ أَيضاً ؛ لأَنَّ الفاسدةَ لمَّا كانتْ كالصحيحةِ في العتقِ بالأَداءِ . . كانتْ كالصحيحةِ أَيضاً في مِلكِ الكسبِ وفي الولدِ .

وإنْ أَعتقَهُ السيِّدُ قَبْلَ الأَداءِ . . لَم يتبعْهُ كسبُهُ ، ولا يتبعُ الجاريةَ ولدُها ؛ لأَنَّ الكتابةَ الفاسدةَ للسيِّدِ فسخُها ، فجُعِلَ عتقُهُ فسخاً . وقد نصَّ **الشافعيُّ** رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (أَنَّ السيِّدَ لَو أَعتقَهُ عنِ الكفّارةِ . . أَجزأَهُ ، ولَو وقعَ عتقُهُ بحكمِ الكتابةِ . . لَمَا أَجزأَهُ في الكفَّارةِ) .

ويرجعُ العبدُ علىٰ مولاهُ بالعوضِ الذي دفعَهُ إليهِ ؛ لأنَّه دفعَهُ إليهِ عمَّا عليهِ له فإذا لَم يكنْ لَه عليهِ شيءٌ . . رجعَ عليهِ بهِ .

ويرجعُ المولىٰ علىٰ العبدِ بقيمتهِ مِنْ غالبِ نقدِ البلدِ ؛ لأنَّه إنَّما أزالَ مِلكَهُ عنهُ بشرطِ أَنْ يُسلِّمَ لَه العِوَضَ الذي شرطَهُ ، فإذا لَم يسلِّمْ لَه وتعذَّرَ الرجوعُ إلىٰ رقبتِهِ . . رجعَ عليهِ بقيمتهِ ، كما لَو باعَ سلعةً بشرطٍ فاسدٍ وتلفتِ السِّلعةُ في يدِ المشتري .

وتعتبرُ قيمةُ العبدِ حالَ العتقِ ؛ لأَنَّها حالةُ الإتلافِ ، فإنْ كانَ أَحدُ العِوَضينِ مِنْ غيرِ جنسِ الآخرِ . . طالبَ كلُّ واحدٍ منهُما بحقِّهِ الذي لَه عندَ صاحبهِ . وإنْ كانَ العِوَضُ الذي لَه دفعَهُ العبدُ إلىٰ السيِّدِ مِنْ جنسِ نقدِ البلدِ وعلىٰ صفتهِ . . فالحكمُ فيهِ ـ وفي كلِّ دَينينِ مِنَ الأَثمانِ أَحدُهما مِنْ جنسِ الآخرِ وعلىٰ صفتِهِ ـ واحدٌ ، وهوَ : أنَّه هلْ يصيرُ أَحدُهما قِصاصاً عَنِ الآخرِ ؟ فيهِ أَربعةُ أقوالٍ :

أَحدُها : يسقطُ أَحدُهما بالآخرِ وإنْ لم يتراضيا ولا رضيَ أَحدُهما ؛ لأنَّه لا فائدةَ في قبضِ كلِّ واحدٍ منهُما لِحقِّهِ ، ولأنَّه يجبُ عليهِ دفعُهُ أَو مِثْلُهُ .

والثاني : أنَّه لا يَسقطُ أَحدُهما بالآخرِ إلاَّ بأَنْ يرضىٰ أَحدُهما بذٰلكَ ؛ لأنَّه إذا رضيَ أَحدُهما . . فقد رضيَ أَنْ يقضيَ الدَّينَ الذي عليهِ مِنَ الدَّينِ الذي لَه ، ولَه أَنْ يقضيَ ما عليهِ مِنْ أَيِّ مالهِ شاءَ ، ولَم يكنْ للآخرِ الامتناعُ .

والثالثُ : أنَّه لا يَسقطُ أَحدُهما بالآخرِ إلاَّ برضاهُما جميعاً ؛ لأنَّه إبدالُ ذمَّةٍ بذمَّةٍ ، فلَم تصحَّ إلاَّ برضاهُما ، كالحَوالةِ .

والرابعُ : أنَّه لا يَسقطُ أَحدُهما بالآخرِ وإنْ تراضيا ؛ لأنَّه بيعُ دَينٍ بدينٍ ، فلَم يصحَّ .

وكلُّ موضعٍ قُلنا : يسقطُ أَحدُهما بالآخرِ ، فإنْ كانا متماثِلَينِ . . سقطَ أَحدُهما بالآخرِ ، وإنْ كانَ أَحدُهما أكثرَ مِنَ الآخرِ . . سقطَ الأَقلُّ ، وسقطَ مِنَ الأَكثرِ بقَدْرِ الأَقلِّ ، ودفعَ ما بقيَ عليهِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإنْ كانَ الحقَّانِ مِنْ غيرِ جنسِ الأَثمانِ . . فلا يَسقطُ أَحدُهما بالآخرِ .

والفرقُ بينَهُما : أَنَّ ما عدا الأثمانِ تُطْلَبُ فيهِ المغابَنةُ[١] ؛ لوجودِ الاختلافِ فيها ، وقلَّما يتساوَيانِ ، والأَثمانُ بهِ متساويةٌ لا تُطلَبُ فيها المغابَنةُ .

وذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : أَنَّ الحقَّينِ إذا كانا مِنْ ذواتِ الأَمثالِ . . فهيَ كالأثمانِ علىٰ الأَربعةِ الأَقوالِ .

وإِنْ أَخذَ المكاتبُ كتابةً فاسدةً مِنْ سهمِ الرقابِ مِنَ الزكاةِ شيئاً ، فإِنْ لَم يكنْ فيهِ وفاءٌ بما كوتبَ عليهِ . . ٱسترجعَ منهُ . وإِنْ كانَ فيهِ وفاءٌ . . **فالمنصوصُ** : (أَنَّه يُسترجَعُ منهُ) ؛ لأنَّ بفسادِ الكتابةِ خرجَ عَنْ أَنْ يكونَ مِنَ الرِّقابِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يُسترجَعُ منهُ ؛ لأَنَّه كالكتابةِ الصحيحةِ في العتقِ والكسبِ ، فكانَ كالصحيحةِ في الأَخذِ مِنْ سهمِ الرقابِ .

مسأَلةٌ : [يعتق المخبول ونحوه بأداء الكتابة] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (ولَو كانَ العبدُ مخبولاً . . عتقَ بأَداءِ الكتابةِ ، ولا يرجعُ أَحدُهما علىٰ الآخرِ بشيءٍ) وفي هٰذا ثلاثُ مسائلَ :

إِحداهُنَّ : إِذا كاتبَ عبدَهُ وهوَ عاقلٌ كتابةً صحيحةً ، ثمَّ جُنَّ العبدُ وأَدَّىٰ مالَ الكتابةِ في حالِ جنونهِ . . فإِنَّه يعتقُ بالأَداءِ ؛ لأَنَّ السيِّدَ إِذا قبضَ منهُ . . فقدِ ٱستوفىٰ منهُ حقَّهُ الذي كاتبَهُ عليهِ ، ولَو أَخذَ حقَّهُ مِنْ يدِهِ . . يعتقُ العبدُ بحكمِ العقدِ .

الثانيةُ : إِذا كاتبَهُ ـ وهوَ عاقلٌ[٢] ـ كتابةً فاسدةً ، ثمَّ جنَّ العبدُ فأَدَّىٰ المالَ في حالِ جنونهِ . . فيعتقُ العبدُ بحكمِ الصفةِ ، ويثبتُ بينهُما التراجعُ إِلاَّ أَنَّ الحاكمَ هاهُنا يُنصِّبُ وكيلاً علىٰ العبدِ يراجعُ عنهُ ؛ لأَنَّ المجنونَ لا تصحُّ مراجعتُهُ .

الثالثةُ : إِذا كاتبَ عبدَهُ المجنونَ كتابةً فاسدةً ، فأَدَّىٰ العبدُ المالَ في حالِ جنونهِ . . فنقلَ المُزنيُّ : (أَنَّه يعتقُ بأَداءِ مالِ الكتابةِ ، ولا يرجعُ أَحدُهما علىٰ الآخرِ[٣] بشيءٍ) .

---

(١) في بعض النسخ : (المعاينة) هنا وفي الموضع الآتي بعده .

(٢) في نسختين : (كاتب عبده العاقل) .

(٣) في نسختين : (صاحبه) .

ونقلَ الربيعُ في « الأمِّ » [٧/ ٣٧٩] : (أنَّه يعتقُ ، ويتراجعانِ)[١] .

وٱختلفَ أصحابُنا في المسأَلةِ علىٰ أربعِ طرقٍ :

فقالَ أبو العبَّاسِ : **الصحيحُ** : ما نقلَهُ الربيعُ في « الأُمِّ » وأنَّهما يتراجعانِ ؛ لأَنَّ السيِّدَ لَم يسلِّمْ لَه ما شرطَ مِنَ المسمَّىٰ ، وقد وقعَ العتقُ ، فيتراجعان ، ككتابةِ الصحيحِ ، وما نقلَهُ المزنيُّ فيهِ زيادةُ : (لا) .

وقالَ أبو إسحاقَ : **الصحيحُ** : ما نقلَهُ المُزنيُّ وأنَّه لا يرجعُ بشيءٍ ؛ لأَنَّ العبدَ إذا كانَ مجنوناً . . فليسَ هوَ مِنْ أهلِ العقودِ ولا مِنْ أهلِ الضمانِ ، فإذا عقدَ معَهُ العقدَ . . فلَم يلتزمْ ضماناً بالعقدِ ، وإنَّما يعتقُ بوجودِ الصفةِ ، فلَم يثبتْ بينهُما التراجعُ . وما نقلَهُ الربيعُ أسقطَ منهُ : (لا) .

وقالَ القاضي أبو الطيِّبِ : في المسأَلةِ قولانِ ، ووجهُهُما : ما ذكرناهُ لأَبي العبَّاسِ وأبي إسحاقَ .

وقالَ الشيخُ أبو حامدٍ : يحتملُ أَنْ تكونَ المسأَلةُ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فالذي نقلَهُ المُزنيُّ : (أنَّه لا يرجعُ أحدُهما بشيءٍ) أرادَ بهِ : إذا كاتبَهُ وهوَ مجنونٌ . . فلا يثبتُ بينهُما تراجعٌ ؛ لأَنَّ المجنونَ ليسَ مِنْ أهلِ العقودِ والضمانِ .

والذي نقلَ الربيعُ : (أنَّهما يتراجعانِ) أرادَ بهِ : إذا كاتبَهُ كتابةً فاسدةً وهوَ عاقلٌ ، ثمَّ جنَّ وأدَّىٰ المالَ في حالِ جنونهِ . . فإنَّه يعتقُ ويتراجعانِ ؛ لأنَّه حالَ العقدِ مِنْ أهلِ العقدِ والضمانِ .

وإنْ كاتبَ عبداً صغيراً فأدَّىٰ إليهِ ما كاتبَهُ عليهِ . . عتقَ ، وهلْ يثبتُ بينَهُما التراجعُ ؟ علىٰ الطرقِ الأُولىٰ الثلاثِ في المجنونِ .

مسأَلةٌ : [إبطال السيِّد المكاتبةَ إذا جزّأها] :

وإنْ كاتبَ نصفَ عبدِهِ وقُلنا : لا يصحُّ . . فللسيِّدِ إبطالُ هٰذهِ الصفةِ والرجوعُ فيها . فإنْ لَم يُبطلْها حتَّىٰ أدَّىٰ العبدُ ما كاتبَهُ عليهِ . . عتقَ النصفُ الذي كاتبَهُ منهُ بالصِّفةِ ،

---

(١) في نسخة : (لا يعتق ويبرأ) .

وسرىٰ العتقُ إِلىٰ باقيهِ ؛ لأَنَّ النصفَ الأَوَّلَ عتقَ برضا السيِّدِ وٱختيارِهِ ، فسرىٰ العتقُ إِلىٰ باقيهِ ، كما لَو قالَ لعبدِهِ : إِنْ دخلتَ الدارَ فنصفُكَ حرٌّ ، فدخلَ الدارَ ، فإِنَّ نصفَهُ يعتقُ بالصفةِ والثاني بالسرايةِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ للعبدِ أَنْ يرجعَ علىٰ السيِّدِ بما دفعَ إِليهِ مِنَ العِوَضِ ، وللسيِّدِ أَنْ يرجعَ علىٰ العبدِ بقيمةِ نصفِهِ الذي كاتبَهُ عليهِ ؛ لأَنَّ السيِّدَ لَم يرضَ بزوالِ مِلكهِ عنهُ إِلاّ بعِوَضٍ ، ولَم يسلَمْ لَه ذٰلكَ ، ولا يرجعُ عليهِ بقيمةِ نصفِهِ الذي عتقَ بالسرايةِ ؛ لأَنَّ العبدَ لَم يلتزمْ لسيِّدِهِ بعتقِ ذٰلكَ النصفِ عِوَضاً .

فرعٌ : [مكاتبة الشريك دون إذن شريكه] :

وإِنْ كاتبَ شِركاً لَه في عبدِهِ مِنْ غيرِ إِذنِ شريكهِ . . فالكتابةُ فاسدةٌ ، وللسيِّدِ أَنْ يبطلَ الصفةَ ويرجعَ فيها ، فإِنْ لَم يُبطلِ الصفةَ حتَّىٰ أَدَّىٰ إِليهِ العبدُ ما كاتبَهُ عليهِ . . نَظرتَ :

فإِنْ أَدَّىٰ إِليهِ ذٰلكَ مِنْ حصَّةِ نصيبهِ مِنْ كسبهِ ، وأَدَّىٰ إِلىٰ شريكهِ حصَّةَ نصيبهِ مِنْ كسبهِ . . عتقَ نصيبُ السيِّدِ الذي كاتبَهُ بالصفةِ ، ورجعَ العبدُ علىٰ سيِّدِهِ الذي كاتبَهُ بِما دفعَ إِليهِ مِنَ العِوَضِ ، ورجعَ المولىٰ عليهِ بقيمةِ نصيبهِ منهُ .

فإِنْ كانَ السيِّدُ الذي كاتبَهُ موسِراً بقيمةِ حصَّةِ شريكهِ منهُ . . عتقَ عليهِ بالسرايةِ ، وغَرِمَ لشريكهِ قيمةَ نصيبهِ ، ولا يرجعُ السيِّدُ علىٰ العبدِ بقيمةِ ما غَرِمَهُ لشريكهِ ؛ لأَنَّ العبدَ لَم يلتزمْ لسيِّدِهِ الذي كاتبَهُ عِوضاً عَنْ عتقِ نصيبِ شريكهِ .

وإِنْ دفعَ العبدُ المكاتبُ جميعَ كتابتهِ[1] إِلىٰ الذي كاتبَهُ . . فهلْ يعتقُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يعتقُ ؛ لأَنَّ العتقَ في الكتابةِ الفاسدةِ يقعُ بالصفةِ ، وقد وجدتِ الصفةُ ، فعتقَ ، كما لَو قالَ لامرأَتهِ : إِنْ أَعطيتِني هٰذا العبدَ فأَنتِ طالقٌ ، فغصبتْهُ وأَعطتْهُ إِيَّاهُ .

---

(١) في (م) : (كسبه) .

والثاني : لا يعتقُ ، **وهوَ الصحيحُ**[1] ؛ لأنَّ قولَهُ : فإذا أدَّيتَ إليَّ كذا فأنتَ حرٌّ يقتضي أنْ يؤدِّيَ إليهِ ممَّا يملكُ ، وما أدَّاهُ إليهِ لا يملكُهُ ، فهوَ كما لَو لَم يؤدِّ إليهِ ، ويخالفُ العبدَ في الطلاقِ ؛ لأنَّه قد عيَّنهُ ، فوِزانهُ مِنَ الطلاقِ أنْ يقولَ : إذا أعطيتِني عبداً فأنتِ طالقٌ ، فغصَبتْ عبداً وأعطتْهُ إيَّاهُ . . فإنَّها لا تَطلقُ .

فإذا قُلنا : إنَّه يعتقُ . . فللشريكِ الذي لَم يكاتبْ أنْ يرجعَ علىٰ شريكهِ بحصَّةِ نصيبهِ ممَّا قبضَهُ مِنَ العبدِ ؛ لأنَّه مِلكُهُ ، ويرجعُ المولىٰ علىٰ العبدِ بقيمةِ نصيبهِ ، ويرجعُ العبدُ عليهِ بما بقيَ مِنْ كسبهِ .

وإنْ كانَ السيِّدُ الذي كاتبَهُ موسِراً بقيمةِ نصيبِ شريكهِ . . قوِّمَ عليهِ وعتقَ عليهِ ، ولا يرجعُ علىٰ العبدِ بما غَرِمَهُ لِشريكهِ مِنَ الكسبِ والقيمةِ .

وإنْ قُلنا : إنَّه لا يعتقُ . . فللشريكِ الذي لَم يكاتبِ أنْ يرجعَ علىٰ شريكهِ بنصفِ ما قبضَهُ مِنْ كسبِ العبدِ ، فإنْ أدَّىٰ إليهِ العبدُ تمامَ ما كاتبَهُ عليهِ مِنْ نصفِ كسبهِ . . عتقَ وحكمُ التراجعِ بينهُما والتقويمِ علىٰ ما مضىٰ .

وإنْ كاتبَهُ بإذنِ شريكهِ ، فإنْ قُلنا : لا يصحُّ . . فهوَ كما لَو كاتبَهُ بغيرِ إذنهِ ، علىٰ ما مضىٰ . وإنْ قُلنا : إنَّه يصحُّ ، فإنْ دفعَ نصفَ كسبهِ إلىٰ الذي كاتبَهُ ونصفَهُ إلىٰ الذي لَم يكاتبْهُ . . عتقَ بالأداءِ ولَم يثبتْ بينَ السيِّدِ والعبدِ تراجعٌ ؛ لأنَّ الكتابةَ صحيحةٌ .

فإنْ كانَ الذي كاتبَهُ موسِراً بقيمةِ نصيبِ شريكهِ . . قوِّمَ عليهِ وعتقَ ولا شيءَ علىٰ المكاتَبِ ممَّا دفعَهُ السيِّدُ بالتقويمِ . فإنْ كانَ معسِراً . . لَم يقوَّمْ عليهِ .

وإنْ دفعَ جميعَ كسبهِ إلىٰ الذي كاتبَهُ . . فهلْ يعتقُ نصيبُ الذي كاتبَهُ ؟

مِنْ أصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ وجهانِ ، كالوجهينِ في الكتابةِ الفاسدةِ .

وقالَ أكثرُهم : لا يَعتِقُ وَجهاً واحداً ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأنَّ الكتابةَ الصحيحةَ : المغلَّبُ فيها حكمُ العِوضِ ـ ولَم يحصلْ لَه دفعُ العِوَضِ ـ والكتابةَ الفاسدةَ : المغلَّبُ فيها الصفةُ .

---

(١) في (م) : (الأصح) .

مسأَلةٌ : [مكاتبة عبيد بعقد واحد] :

إذا كاتبَ عبيداً لَهُ علىٰ مالٍ بعقدٍ واحدٍ ، فإنْ قُلنا : يصحُّ العقدُ ، بأَنْ أَدَّىٰ كلُّ واحدٍ منهُم ما يخصُّهُ مِنْ مالِ الكتابةِ . . عتقوا ، وإنْ أَدَّىٰ واحدٌ منهُم ما يخصُّهُ . . عتقَ .

فإنْ قيلَ : هلاَّ قُلتم : لا يعتقُ المؤَدِّي قَبْلَ أَداءِ أَصحابهِ ؛ لأَنَّ السيِّدَ قالَ : فإذا أَدَّيتُم . . فأَنتم أَحرارٌ ، فلا يعتقُ واحدٌ منهُم حتَّىٰ يؤَدُّوا كلُّهُم[1] ، كما لَو قالَ لعبيدهِ : إذا أَدَّيتُم إليَّ كذا . . فأَنتم أَحرارٌ ، فإنَّه لا يعتقُ واحدٌ منهُم إلاَّ بأَداءِ الجميعِ ؟ فالجوابُ : أَنَّ الكتابةَ إذا كانتْ صحيحةً . . فالمغلَّبُ فيها حكمُ المعاوَضةِ دونَ الصفةِ ، بدليلِ : أَنَّه لَو أَبرأَ السيِّدُ واحداً منهُم . . عتقَ .

وإنْ قُلنا : إنَّ الكتابةَ فاسدةٌ فللسيِّدِ إبطالُ الصفةِ ، فإنْ لَم يُبطلْها حتَّىٰ أَدَّوُا المالَ الذي كُوتِبوا عليهِ . . عَتَقوا بالصفةِ ، ورجعَ السيِّدُ علىٰ كلِّ واحدٍ منهُم بقيمتهِ ، ورَجعوا عليهِ بالمالِ الذي دَفعوهُ إليهِ .

وإنْ أَدَّىٰ أَحدُهم ما يخصُّهُ مِنْ مالِ الكتابةِ . . فهلْ يعتقُ بالصفةِ ، ويثبتُ التراجعُ بينَهُ وبينَ السيِّدِ ؟

قالَ الشافعيُّ في « الإملاءِ » : (يعتقُ ويتراجعُ هوَ والسيِّدُ ؛ لأَنَّ الكتابةَ الفاسدةَ محمولةٌ علىٰ الصحيحةِ في العتقِ ، وفي الصحيحةِ : إذا أَدىٰ بعضُ العبيدِ . . عتقَ ، فكذٰلكَ في الكتابةِ الفاسدةِ) .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يعتقُ .

قالَ أَصحابنا : **وهوَ الأَقيسُ** ؛ لأَنَّ العتقَ بالكتابةِ الفاسدةِ يقعُ بالصفةِ ، والصفةُ لا توجدُ بأَداءِ بعضِهم .

---

(١) في نسختين : (جميعهم) .

فرعٌ : [يؤدي مَن عَتَقَ عن جماعة المكاتَبين] :

وإنْ كاتبَ جماعةَ عبيدٍ. . فإنَّه لا يجبُ أَنْ يؤدِّي بعضُهم عَنْ بعضٍ مالَ كتابتِهِ .

فإنْ أَدَّىٰ واحدٌ منهُم عَنْ صاحبِهِ مالَ كتابتِهِ ، فإنْ كانَ بعدَ أَنْ أَدَّىٰ المؤدِّي كتابةَ نفْسِهِ وعتقَ. . صحَّ . فإنْ كانَ بغيرِ إذنِ المؤدَّىٰ عنهُ. . لَم يرجعْ عليهِ بشيءٍ ؛ لأَنَّه متطوِّعٌ عنهُ ، وإنْ كانَ بإذنهِ. . رجعَ عليهِ وكانَ دَيناً علىٰ المؤدَّىٰ عنهُ . وإنْ أَدَّىٰ عَنْ غيرِهِ قَبْلَ أَنْ يؤدِّيَ هو عَنْ نفْسِهِ كتابةَ نفْسِهِ ، فإنْ لَم يعلمِ المولىٰ أَنَّه يؤدِّي ذٰلكَ عَنْ غيرِهِ ، كأَنِ اعتقدَ أَنَّه يؤدِّي ذٰلكَ مِنْ كسبِ المؤدَّىٰ عنهُ. . لَم يصحَّ الأَداءُ عَنِ المؤدَّىٰ عنهُ ؛ لأَنَّه إنْ كانَ بغيرِ إذنِ المؤدَّىٰ عنهُ. . فهوَ هبةٌ منهُ لَه . وإنْ كانَ بإذنهِ. . فهوَ قرضٌ لَه ، والقرضُ والهبةُ لا يصحَّانِ مِنْ مالِ المكاتبِ بغيرِ إذنِ سيِّدهِ .

وإنْ كانَ ذٰلكَ بعلمِ السيِّدِ ، بأَنْ قالَ لسيِّدهِ : هٰذا مِنْ كَسبي أُؤَدِّيهِ عَنْ صاحبي ، فقبضَهُ المولىٰ. . فهلْ يصحُّ ذٰلكَ عَنِ المؤدَّىٰ عنهُ ؟

إنْ قُلنا : تصحُّ هبتُهُ بإذنِ المولىٰ. . صحَّ هاهُنا ، وإنْ قُلنا : لا تصحُّ هبتُهُ بإذنِ المولىٰ. . لَم يصحَّ الأَداءُ عَنِ المؤدَّىٰ عنهُ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ كانَ قد حلَّ علىٰ المؤدَّىٰ عنهُ نجمٌ. . قاصَّهُ بهِ ، وإنْ لَم يحلَّ عليهِ نجمٌ. . قالَ ابنُ الصبَّاغِ : فإنْ شاءَ قاصَّهُ بهِ ، وإنْ شاءَ طالبَهُ بهِ وأَخذَهُ .

وقالَ غيرُهُ مِنْ أَصحابِنا : لا تصحُّ المقاصَّةُ إلاَّ باتِّفاقِ الدَّيْنَينِ بالحلولِ أَوِ التأجيلِ .

فعلىٰ هٰذا : فإنَّه يأْخذُهُ منهُ ليتصرَّفَ فيهِ إلىٰ أَنْ يحلَّ عليهِ نجمٌ .

فإنْ لَم يأْخذْهُ مِنَ السيِّدِ حتَّىٰ أَدَّىٰ المؤدِّي عَنْ نفْسِهِ وعتقَ[1]. . فهلْ يقعُ ذٰلكَ عَنِ المؤدَّىٰ عنهُ ؟

ظاهرُ ما قالَهُ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : أَنَّه يقعُ عَنِ المؤدَّىٰ عنهُ ؛ لأَنَّه إنَّما مُنعَ مِنَ الأَداءِ عَنْ غيرِهِ لرقِّهِ ، وقد زالَ رقُّهُ. . فوقعَ عَنِ المؤدَّىٰ عنهُ .

---

(١) في حاشية نسخة : (وكان أدى قبل حلول الأجل) .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يقعُ عنهُ ؛ لأنَّه وَقعَ الأَداءُ فاسداً . . فلا يصحُّ حتَّىٰ يتبدِىءَ إِذناً صحيحاً .

وكلُّ موضعٍ وَقعَ الأَداءُ عَنْ صاحبِهِ : فإِنْ كانَ بإِذنِ المؤَدَّىٰ عنهُ . . كانَ دَيناً عليهِ لَه ، وحكمُهُ حكمُ دَينِ القرضِ إِذا ٱجتمعَ معَ دَينِ الكتابةِ ، وقدْ مضىٰ .

قالَ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : ولَو كاتبَ جماعةَ عبيدٍ لَه وشَرطوا عليهِ[1] أَنْ يكونَ كلُّ واحدٍ منهُم ضامناً عَنْ صاحبِهِ . . كانتِ الكتابةُ فاسدةً قولاً واحداً .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

(١) في (م) : (وشرط عليهم) .

بابُ ٱختلافِ المولىٰ والمكاتَبِ

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (وإنِ ٱختلفَ السيِّدُ والمكاتَبُ . . تحالفا وترادّا) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ السيِّدَ والمكاتَبَ إذا ٱختلفا . . نَظرتَ :

فإنِ ٱختلفا في أَصلِ الكتابةِ ، وٱدَّعىٰ العبدُ علىٰ مولاهُ أَنَّه كاتبَهُ وأَنكرَ السيِّدُ ، فإِنْ أَقامَ العبدُ شاهدَينِ ذَكرينِ علىٰ الكتابةِ . . ثبتتِ الكتابةُ ، ولا يُقبَلُ فيهِ شاهدٌ وٱمرأَتانِ ، ولا شاهدٌ ويمينٌ ؛ لأَنَّ المقصودَ إِثباتُ العتقِ ، وذٰلكَ لا يثبتُ إِلاَّ بشاهدينِ ذَكرينِ .

وإِنْ لَم يكنْ معَهُ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينهِ ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱلْبَيِّنَةُ عَلَىٰ ٱلْمُدَّعِي ، وَٱلْيَمِيْنُ عَلَىٰ مَنَ أَنْكَرَ » ، ولأَنَّ الأَصلَ عدمُ الكتابةِ ، فكانَ القولُ قولَ مَنْ ينفِيها .

وإِنِ ٱتَّفقا علىٰ الكتابةِ ولٰكنِ ٱختلفا في قَدْرِ المالِ ، بأَنْ قالَ السيِّدُ : كاتبتُكَ علىٰ أَلفينِ إِلىٰ نجمينِ ، فقالَ المكاتَبُ : بلْ كاتبتَني علىٰ أَلفٍ إِلىٰ نجمينِ ، أَوِ ٱختلفا في مقدارِ الأَجلِ ، بأَنْ قالَ السيِّدُ : كاتبتُكَ علىٰ أَلفٍ في نجمينِ كلُّ نجمٍ إِلىٰ سنةٍ ، فقالَ المكاتَبُ : بلْ كاتبتَني علىٰ أَلفٍ في نجمينِ كلُّ نجمٍ إِلىٰ سنتينِ ، أَوِ ٱختلفا في قَدْرِ النجومِ ، بأَنْ قالَ السيِّدُ : كاتبتُكَ علىٰ أَلفٍ في نجمينِ كلُّ نجمٍ إِلىٰ كذا ، وقالَ المكاتَبُ : بلْ كاتبتَني علىٰ أَلفٍ في أَربعةِ نجومٍ ، ولا بيِّنةَ لواحدٍ منهُما . . فإِنَّهما يتحالفانِ علىٰ النفيِ والإِثباتِ ، كتحالفِ المتبايعَينِ في قَدْرِ الثمنِ . وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ومحمَّدٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (القولُ قولُ المكاتَبِ) .

وعَنْ أَحمدَ ثلاثُ رواياتٍ :

إِحداهُنَّ : كقولنا .

والثانيةُ : كقولِ أَبي حنيفةَ .

والثالثةُ : (القولُ قولُ السيِّدِ) .

دليلُنا : أَنَّهما ٱختلفا في عِوَضِ العتقِ القائمِ بينَهُما أَو في صفتهِ وليسَ معَ أَحدِهما بيِّنةٌ ، فوجبَ أَنْ يتحالفا كالمتبايعَينِ . فإذا تحالفا . . نَظرتَ :

فإنْ تحالفا قَبْلَ العتقِ ، فإنْ قُلنا : إنَّ المتبايعينِ إذا تحالفا ٱنفسخَ البيعُ بنفْسِ التحالفِ . . ٱنفسختِ الكتابةُ بنفْسِ التحالفِ ، ولا يعتقُ بعدَ ذٰلكَ بالأَداءِ .

وإنْ قُلنا : لا ينفسخُ البيعُ بنفْسِ التحالفِ ، فإنْ تراضىٰ السيِّدُ والمكاتَبُ علىٰ أَحدِ العِوَضينِ . . لَم تنفسخِ الكتابةُ ، وإنْ لَم يتراضيا علىٰ شيءٍ . . فُسختِ الكتابةُ ، ومَنْ يتولَّىٰ فسخَها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تنفسخُ إلاَّ بالحاكمِ .

والثاني : لكلِّ واحدٍ منهُما أَنْ يفسخَها ، كما قُلنا في المتبايعَينِ[1] .

وإنْ كانَ التحالفُ بعدَ العتقِ ، بأَنْ دفعَ المكاتَبُ إلىٰ السيِّدِ أَلفينِ ، فقالَ العبدُ : مالُ الكتابةِ مِنْ ذٰلكَ أَلفٌ ، وأَلفٌ أَودعتُكَهُ ، وقالَ السيِّدُ : بلِ الأَلفانِ مالُ الكتابةِ . . فإنَّهما يتحالفانِ ويعتقُ العبدُ لاتِّفاقِهما علىٰ العتقِ ولا يرتفعُ العتقُ ؛ لأَنَّه إذا وقعَ . . لَم يرتفعْ ولٰكنْ يثبتُ للسيِّدِ الرجوعُ على العبدِ بقيمتِهِ ، ويثبُتُ للعبدِ على السيِّدِ الرُّجوعُ بما دفعَ إليهِ . والكلامُ في المقاصَّةِ إذا أَدَّىٰ[2] الجميعَ مِنْ نقدِ البلدِ علىٰ الأَقوالِ الأَربعةِ .

مسأَلَةٌ : [قبول قول السيد بيمينه علىٰ عدم أهليته عند المكاتبة] :

وإنْ قالَ السيِّدُ : كاتبتُكَ وأَنا مغلوبٌ علىٰ عقلِيَ أَو محجورٌ عليَّ ، وأَنكرَ العبدُ ، فإنْ كانَ قد عُرِفَ للسيِّدِ جنونٌ أَو حَجْرٌ . . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ بقاؤُهُ علىٰ الجنونِ والحَجْرِ . وإنْ لَم يُعرَفْ لَه ذٰلكَ . . فالقولُ قولُ العبدِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الجنونِ والحَجْرِ .

---

(١) في نسخة : (المتعاقدين) .

(٢) في نسختين : (كان) .

فرعٌ : [ثبوت المكاتبة بشاهدَيْنِ] :

وإنْ ماتَ رجلٌ وخلَّفَ عبداً وٱبنينِ فٱدَّعىٰ العبدُ أَنَّ سيِّدَهُ قدْ كانَ كاتبَهُ ، فإنْ صادقَهُ الاثنانِ[1] أَو كذَّباهُ أَو أَحدُهما ، وأَقامَ العبدُ شاهدينِ ذَكرينِ علىٰ الكتابةِ . . ثبتَتِ الكتابةُ .

وإنْ أَنكراهُ ولا بيِّنةَ للعبدِ . . فالقولُ قولُ الابنينِ معَ أَيمانِهما ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الكتابةِ ، ويحلفُ كلُّ واحدٍ منهُما يميناً باللهِ : أَنّه لا يعلَمُ أَنَّ أَباهُ كاتبَهُ ؛ لأَنَّها يمينٌ علىٰ نفي فعلِ الغيرِ .

وإنْ صدَّقَهُ أَحدُهما أَنَّ أَباهُ كاتبَهُ وأَنكرَ الآخَرُ ، فإنْ شهدَ المصدِّقُ لَه علىٰ الكتابةِ وكانَ عدلاً وشهدَ معَهُ شاهدٌ ذَكرٌ . . حُكمَ للعبدِ بالكتابةِ في جميعهِ . وإنْ لَم يكنِ المصدِّقُ عدلاً أَو لَم يشهدْ معَهُ غيرُهُ . . فالقولُ قولُ المنكرِ معَ يمينهِ : أَنّه لا يعلَمُ أَنَّ أَباهُ كاتبَهُ ، فإذا حلفَ لَه . . صارَ نصفُهُ مملوكاً للمنكرِ ، ونصفُهُ مكاتَباً لِلمصدِّقِ . فإنْ قيلَ : أَليسَ لَو كاتبَ أَحدُ الشريكينِ العبدَ في نصيبهِ بغيرِ إِذنِ شريكهِ . . لَم تصحَّ الكتابةُ ، وبإِذنهِ علىٰ قولينِ ، فكيفَ صحَّتِ الكتابةُ هاهُنا في نصفهِ ؟

فالجوابُ : أَنّه إِذا كاتبَهُ في نصيبهِ ٱبتداءً . . فقد قصدَ الإِضرارَ بشريكهِ ، فلذٰلكَ لَم يصحَّ ، وهاهُنا لَم يقصدِ الإِضرارَ بشريكهِ ، وإنَّما أَخبرَ أَنَّ أَباهُ كاتبَهُ ، فقُبِلَ خَبرُهُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ الكسبَ يكونُ بينَ المكاتَبِ وبينَ المكذِّبِ نصفينِ ، فإنِ ٱتَّفقا علىٰ المهايأَةِ ويكونُ لكلِّ واحدٍ منهُما كسبُ يومٍ ، أَو علىٰ تركِ المهايأَةِ ثمَّ يقتسمانِ ما حصلَ مِنْ كسبٍ . . جازَ . وإنْ دعا أَحدُهما إِلىٰ المهايأَةِ وٱمتنعَ الآخَرُ . . لَم يُجبَرِ الممتنعُ منهُما .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يُجبرُ) .

دليلُنا : أَنَّ المهايأَةَ تؤَدِّي إِلىٰ تأْخيرِ الحقِّ عَنْ حالةِ ٱستحقاقهِ . . فلَم يُجبرِ الممتنعُ منهُما ، كما لَو كانَ لَه دَينٌ حالٌّ علىٰ رجلٍ . . فإنَّه لا يُجبَرُ علىٰ تأْخيرهِ .

---

(١) في (م) : (الابنان) .

فإذا قُسِّمَ الكسبُ بينَهُما : إمَّا مهايأَةً أَو مناصفةً ، فإنْ عجزَ المكاتبُ عَنْ حقِّ المصدِّقِ مِنْ مالِ الكتابةِ . . كانَ للمصدِّقِ تعجيزُهُ ، فإذا عجَّزَهُ . . عادَ نصفُهُ المكاتَبُ رقيقاً له ، وأخذَ ما بقيَ في يدهِ مِنْ كسبهِ بعدَ الكتابةِ ؛ لأنَّ المكذِّبَ قد أخذَ حقَّهُ مِنَ الكسبِ .

فأمَّا ما ٱكتسبَهُ قَبْلَ الكتابةِ . . فإنَّه بينَ الابنينِ نصفانِ ؛ لأنَّه كانَ مملوكاً[1] لأبيهِما ، وٱنتقلَ إليهِما بالإرثِ .

فإنِ ٱختلفا في شيءٍ مِنَ الكسبِ ، فقالَ المكذِّبُ : هٰذا كَسَبَهُ قَبْلَ الكتابةِ فهوَ بيننا ، وقالَ المصدِّق : بلْ كَسَبَهُ بعدَ الكتابةِ وقد أخذتَ حقَّكَ منهُ وباقيهِ ليَ . . فالقولُ قولُ المصدِّقِ معَ يمينهِ ؛ لأنَّ المكذِّبَ يدَّعي أنَّه كانَ موجوداً قَبْلَ الكتابةِ ، والأصلُ عدمُ وُجودهِ في ذٰلكَ الوقتِ ، ولأنَّ السيِّدَ لَوِ ٱختلفَ هوَ والمكاتَبُ في ذٰلكَ . . لكانَ القولُ قولَ المكاتبِ معَ يمينهِ ؛ والمصدِّقُ هاهُنا قائمٌ مقامَ المكاتبِ .

وإنْ أَدَّىٰ إلىٰ المصدِّقِ نصفَ مالِ الكتابةِ . . عتقَ نصفُهُ ، وكانَ نصفُهُ مملوكاً لِلمنكرِ ، ولا يقوَّمُ نصيبُ المنكرِ[2] علىٰ المصدِّقِ وإنْ كانَ موسِراً ؛ لأنَّ التقويمَ إنَّما يكونُ علىٰ مَنْ باشرَ العتقَ أَو وُجدَ منهُ سببُ العتقِ ، والمصدِّقُ لَم يباشرِ العتقَ ولا وُجدَ منهُ سببُهُ وإنَّما أَخبرَ بكتابةِ أَبيهِ ، ولِمنْ يكونُ وَلاءُ هٰذا النصفِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يكونُ بينَ الاثنينِ نصفينِ ؛ لأنَّه عتقَ بسببٍ كانَ مِنْ أَبيهِما ، ويثبتُ له عليهِ الوَلاءُ ، فٱنتقلَ إليهِما .

والثاني : يكونُ للابنِ المصدِّقِ وَحدَهُ ؛ لأنَّ المنكِرَ أَسقطَ حقَّهُ مِنَ الوَلاءِ بإنكارهِ فهوَ كما لَو شهدَ شاهدٌ لأَبيهِما بدَينٍ علىٰ رجلٍ فحلفَ أَحدُهما معَهُ دونَ الثاني فإنَّ لِلحالفِ نصفَ الدَّينِ .

---

(١) في (م) : (ملكاً) .
(٢) في (م) : (المكذب) .

مسأَلةٌ : [ادعاء المكاتب دفع مال الكتابة أو الإبراء] :

وإِنِ ٱدَّعىٰ المكاتَبُ أَنّه دفعَ مالَ الكتابةِ إِلىٰ السيِّدِ ، أَوِ ٱدَّعىٰ أَنَّ سيِّدَهُ أَبرأَهُ مِنْ مالِ الكتابةِ ، فأَنكرَ السيِّدُ القبضَ ، أَو البراءةَ ، أَو قالَ المكاتَبُ : وَضعتَ عنِّي النجمَ الأَوَّلَ ، فقالَ السيِّدُ : بلْ وَضعتُ النجمَ الأَخيرَ ، فإِنْ كانَ معَ المكاتَبِ بيِّنةٌ بما ٱدَّعاهُ . . حُكمَ لَه بِما ٱدَّعاهُ ؛ لأَنَّ البيِّنةَ أَقوىٰ مِنَ اليمينِ ويُقبَلُ في ذٰلكَ شاهدانِ ، وشاهدٌ وٱمرأَتانِ ، وشاهدٌ ويمينٌ ؛ لأَنّه بيِّنةٌ علىٰ المالِ .

وإِنْ لَم يكنْ معَ المكاتَبِ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ ما ٱدَّعاهُ المكاتَبُ وٱشتغالُ ذمَّتهِ بمالِ الكتابةِ .

فرعٌ : [كاتبه علىٰ دنانير وأبرأه من دراهم] :

وإِنْ كاتبَهُ علىٰ أَلفِ دينارٍ ، فأَبرأَهُ عَنْ أَلفِ درهمٍ . . لَم تصحَّ البراءةُ ؛ لأَنّه أَبرأَهُ عمّا لا يستحقُّهُ عليهِ ، فصارَ وجودُ هٰذا الإِبراءِ كعدمهِ .

فإِنْ قالَ السيِّدُ : أَردتُ عَنْ قيمةِ أَلفِ درهمٍ مِنَ الدنانيرِ التي عليهِ . . صحَّ وبرئَتْ ذمَّتهُ عَنْ قيمةِ أَلفِ درهمٍ مِنَ الدنانيرِ ؛ لأَنّه فسَّر إِبراءَهُ بما يحتملُهُ ، فقُبِلَ منهُ .

فإِنِ ٱختلفا ، فقالَ المكاتَبُ : أَبرأْتَني مِنْ أَلفِ درهمٍ وأَردتَ عَنْ قيمتِها مِنَ الدنانيرِ ، وقالَ السيِّدُ : لَم أُردْ ذٰلكَ . . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينهِ ؛ لأَنّه أَعلمُ بِما أَرادَ . فإِنْ نَكلَ عَنِ اليمينِ . . حلفَ المكاتَبُ أَنّه أَرادَ ذٰلكَ .

وإِنِ ٱختلفَ المكاتَبُ ووَرثةُ السيِّدِ فيما أَرادَ السيِّدُ مِنْ ذٰلكَ . . حلفَ الورثةُ أَنَّهم لا يعلمونَ أَنْ مورِّثَهم أَرادَ ذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [علّق إقراره بالقبض بالمشيئة] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (ولَو قالَ : قدِ ٱستوفيتُ آخِرَ كتابَتِكَ إِنْ شاءَ اللهُ أَو إِنْ شاءَ فلانٌ . . لَم يَجزْ ؛ لأَنّه ٱستثناءٌ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ السيِّدَ إِذا قالَ : قدِ ٱستوفيتُ آخِرَ نجومِكَ أَو جميعَ مالِ الكتابةِ إِنْ

شاءَ اللهُ أَو إِنْ شاءَ فلانٌ . . لَم يكنْ إِقراراً ؛ لأَنَّ الاستثناءَ يمنعُ الإِقرارَ كما يمنعُ الطلاقَ والعتاقَ ؛ لأَنَّه يحتملُ أَنْ يريدَ بذٰلكَ : سأَستوفي إِنْ شاءَ اللهُ ؛ لأَنَّ الاستثناءَ يدخلُ في الأَفعالِ المستقبلةِ دونَ الماضيةِ .

وإِنْ قالَ : قبضتُ مالَ الكتابةِ إِنْ شاءَ زيدٌ . . لَم يصحَّ الإِقرارُ ؛ لأَنَّه علَّقَهُ بشرطٍ ، والقبضُ لا يصحُّ تعليقُهُ بشرطٍ ، وقولُ الشافعيِّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (إِنْ شاءَ اللهُ أَو إِنْ شاءَ فلانٌ) . . لَم يَجزْ ؛ لأَنَّه ٱستثناءٌ يرجعُ إِلىٰ مشيئةِ اللهِ تعالىٰ ، وأَمَّا مشيئةُ فلانٍ فهيَ صفةٌ .

وإِنْ قالَ السيِّدُ : ٱستوفيتُ ، أَو قالَ المكاتَبُ : أَليسَ قدِ ٱستوفيتَ أَو وفَّيْتُكَ ، فقالَ السيِّدُ : بلىٰ ، ثمَّ ٱختلفا فٱدَّعىٰ المكاتَبُ أَنَّه ٱستوفىٰ جميعَ مالِ الكتابةِ ، وقالَ السيِّدُ : بلِ ٱستوفيتُ البعضَ . . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الاستيفاءَ[1] لا يقتضي الجميعَ .

وإِنْ قالَ السيِّدُ : ٱستوفيتُ آخِرَ كتابتِكَ . . فليسَ هٰذا إِقراراً بٱستيفاءِ جميعِ مالِ الكتابةِ ؛ لأَنَّه يَحتملُ ذٰلكَ ، ويَحتملُ أَنَّه يريدُ : ٱستوفيتُ آخِرَ ما حلَّ عليكَ دونَ ما قَبْلَهُ ، فيُرجَعُ في تفسيرِ ذٰلكَ إِلىٰ السيِّدِ ، فإِنِ ٱدَّعىٰ المكاتَبُ أَنَّه أَرادَ بذٰلكَ جميعَ مالِ الكتابةِ ، وقالَ السيِّدُ : بلْ أَردتُ النجمَ الأَخيرَ دونَ ما قَبْلَه . . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّه أَعلمُ بما أَرادَ .

مسأَلةٌ : [يوقف ولد المكاتَبة حتىٰ يُعرَفَ وقتُ ولادتِه] :

وإِنْ كانَ معَ المكاتبَةِ ولدٌ ، فقالتْ : وَلدتُهُ بعدَ الكتابةِ فهوَ موقوفٌ معي ـ إِذا قُلنا : وَلدُها موقوفٌ معَها ـ وقالَ السيِّدُ : بلْ وَلدْتِهِ قَبْلَ الكتابةِ فهوَ مِلكٌ ليَ . . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ هٰذا ٱختلافٌ في وَقتِ الكتابةِ ، فالسيِّدُ يقولُ : كانَ العقدُ بعدَ الولادةِ ، والمكاتبَةُ تقولُ : بلْ كانَ العقدُ قَبْلَ الولادةِ ، ولوِ ٱختلفا في أَصلِ العقدِ . . لَكانَ القولُ قولَ السيِّدِ فكذلك إِذا ٱختَلَفا في وَقتهِ .

---

(١) في (م) : (الاستثناء) .

فرعٌ : [شراء المكاتَب زوجتَه الأمةَ] :

وإنْ كاتَبَ رجلٌ عبداً لَه ثمَّ زوَّجَهُ بأَمتِهِ ، ثمَّ باعَ السيِّدُ الأَمةَ مِنَ المكاتَبِ . . فإنَّ النكاحَ ينفسخُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا ينفسخُ ؛ لأنَّه لا يملِكُها ، بدليلِ : أنَّه إِذا ٱشترىٰ أَمةً . . لَم يملِكْ وَطأَها) .

دليلُنا : أَنَّ المكاتَبَ يملكُ[1] ما ٱشتراهُ ، بدليلِ : أَنَّه إِذا ٱشترىٰ شِقصاً مِنْ دارٍ ، ثمَّ ٱشترىٰ السيِّدُ شِقصاً فيهِ[2] . . ثبتَ للمكاتَبِ الشُّفعةُ فيما ٱشتراهُ مولاهُ ، فٱنفسخَ نكاحُهُ ، كالحرِّ إذا ملكَ زوجتَهُ .

وأَمَّا منعُ المكاتَبِ مِنْ وَطئِها : فلا يدلُّ علىٰ أَنَّه لا يملِكُها ، بدليلِ : أَن الراهنَ يُمنَعُ مِنْ وَطءِ أَمتهِ المرهونةِ وإِنْ كانَ مالكَها .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنْ أَتتْ هٰذهِ الجاريةُ بولدٍ ، فٱختلفَ السيِّدُ والمكاتَبُ فيهِ ، فقالَ السيِّدُ : أَتتْ بهِ قَبْلَ أَنْ أَبيعَها منكَ فهوَ مِلكٌ لي ، وقالَ المكاتَبُ : بلْ أَتتْ بهِ بعدَ ما ٱشتريتُها فهوَ مِلكٌ ليَ . . فالقولُ قولُ المكاتَبِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّهما اختلَفَا في مِلكِهِ ، ويَدُ المكاتَبِ عليهِ ، فكانَ القولُ قولَهُ ، كسائرِ الأَملاكِ . ويفارقُ المكاتَبَةَ ، فإِنَّها لا تدَّعي مِلكَ وَلدِها .

مسأَلةٌ : [إقرار السيد استيفاء ما علىٰ أحد مكاتَبته] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (ولَو قالَ السيِّدُ : قدِ ٱستوفيتُ ما علىٰ أَحدِ مكاتَبيَّ . . أُقرِعَ بينَهُما) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّه إِذا كاتَبَ عبدينِ لَه بعقدينِ أَو بعقدٍ ـ وقُلنا : إِنَّه يصحُّ ـ ثمَّ أَقرَّ السيِّدُ أَنَّ أَحدَهما قد أَدَّىٰ إِليهِ جميعَ مالِ الكتابةِ ، أَو أَنَّه قدْ أَبرأَهُ مِنْ جميعِ مالِ الكتابةِ ،

---

(١) في حاشية نسخة : (ظاهرهُ أنه يملك ملك ثبات وليس كذٰلك ، بل هو موقوف علىٰ عتقه) .
(٢) في (م) : (منه) .

وقالَ : لا أَعلمُ عينَهُ منهُما . . فما دامَ حيّاً لا يُقرَعُ بينهُما ، ولٰكنْ يقالُ لَه : تذكَّرِ الذي أَدَّىٰ منهُما أَوِ الذي أَبرأْتَهُ منهُما ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَقوىٰ مِنَ القرعةِ ، فإِنْ تذكَّرَ وقالَ : هٰذا الذي أَدَّىٰ إِليَّ مالَ الكتابةِ ، أَو هٰذا الذي أَبرأْتُهُ . . حُكمَ بعتقهِ .

فإِنْ صدَّقَ الآخَرُ السيِّدَ أَنَّه لَم يؤَدِّ أَو أَنَّه لَم يُبرئْهُ . . كانَ باقياً علىٰ كتابتهِ .

وإِنْ قالَ الآخَرُ : أَنا الذي أَدَّىٰ مالَ كتابتهِ ، أَو أَنا الذي أَبرأْتَهُ ، فإِنْ صدَّقَهُ السيِّدُ . . حُكمَ بعتقهِ أَيضاً معَ الأَوَّلِ ، وإِنْ كذَّبهُ ولا بيِّنةَ للثاني . . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينهِ : أَنَّه لَم يؤَدِّ إِليهِ أَو أَنَّه لَم يُبرئْهُ ، لأَنَّ الأَصلَ بقاءُ المالِ في ذمَّتهِ . فإِذا حلفَ لَه السيِّدُ . . بقيَ علىٰ كتابتهِ ، وإِنْ نكلَ السيِّدُ . . حلفَ المكاتَبُ وعتقَ أَيضاً .

وإِنْ ماتَ المولىٰ قَبْلَ أَنْ يبيِّنَ . . فقد قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ في « المختصرِ » : (يُقرَعُ بينهُما) وقالَ في موضعٍ آخَرَ : (لا يُقرَعُ بينهُما) فحصلَ فيها قولانِ :

أَحدُهما : يُقرَعُ بينهُما ، فمَنْ خرجَ لَه سهمُ الحرِّيَّةِ . . عتقَ ؛ لأَنَّ الحرِّيَّةَ تعيَّنتْ لأَحدِهما وأَشكلَ عينُه[1] ولا يمكنُ التمييزُ إِلاَّ بالقرعةِ . قالَ المحامليُّ : فعلىٰ هٰذا : إِنِ ادَّعىٰ الآخَرُ علىٰ الورثةِ أَنَّه هوَ الذي أَدَّىٰ مالَ كتابتهِ أَو أَبرأَهُ السيِّدُ . . حلفَ الورثةُ : أَنَّهم لا يعلمونَ أَنَّه قد أَدَّىٰ مالَ كتابتهِ ، أَو أَنَّ مورِّثَهم أَبرأَهُ .

والقولُ الثاني : أَنَّه لا يُقرَعُ بينَهُما ؛ لأَنَّه لا يُؤمَنُ أَنْ يخرجَ سهمُ الحريَّةِ للذي لَم يؤَدِّ فيُرَقَّ المعتَقُ ، ولٰكنْ يرجعُ إِلىٰ بيانِ الوارثِ ، فيقالُ للوارثِ : أَتعلَمُ الذي أَدَّىٰ أَو أُبرِىءَ ؟ فإِنْ قالَ : نعمْ . . قيلَ لَه : عيِّنْهُ ، فإِذا عيَّنَ أَحدَهما . . حُكمَ بعتقهِ .

فإِنْ قالَ الآخَرُ : بلْ أَنا الذي أَدَّىٰ مالَ كتابتهِ أَو أَبرأَهُ السيِّدُ . . حلفَ الوارثُ أَنَّه لا يَعلَمُ أَنَّه الذي أَدَّىٰ أَو أُبرِىءَ ، وبقيَ علىٰ الكتابةِ .

وإِنْ قالَ الوارثُ : لا أَعلَمُ عينَ المؤَدِّي أَوِ المُبرَأ ، فإِنْ صدَّقَهُ المكاتبَانِ أَنَّه لا يَعلَمُ . . بقيا علىٰ الكتابةِ ، وإِنْ كذَّباهُ وادَّعيا عِلمَهُ بالمؤَدِّي منهُما أَو بالمُبرَأ . . حلفَ لِكلِّ واحدٍ منهُما يميناً وبقيا علىٰ الكتابةِ .

---

(١) في نسخة : (عليه) .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : قالَ أَصحابُنا : ويؤَدِّي كلُّ واحدٍ منهُما جميعَ مالِ كتابتهِ ؛ لأَنَّه لَم يثبتْ أَداءُ أَحدِهما . قالَ : وعنديَ : أَنَّهما إذا قالا : نؤَدِّي ما علىٰ أَحدِنا إنْ كانتْ كتابتُهُما سواءً ، أَو كانتْ كتابةُ أَحدِهما أَكثرَ مِنَ الآخَرِ فقالا : نؤَدِّي كتابةَ أَكثرِنا كتابةً لنعتقَ . . كانَ لهُما ذٰلكَ ؛ لأَنَّهما إذا أَدَّيا ذٰلكَ . . فقدْ أَدَّيا جميعَ ما عليهِما بيقينٍ .

مسأَلةٌ : [مكاتبة ثلاثة بعقد علىٰ مئة] :

وإنْ كاتبَ رجلٌ ثلاثةَ أَعبُدٍ لَه علىٰ مئةِ درهمٍ بعقدٍ واحدٍ ، وقيمةُ أَحدِهم مئةٌ وقيمةُ كلِّ واحدٍ مِنَ الآخرَينِ خمسونَ ، فإنْ قُلنا : إنَّ الكتابةَ باطلةٌ . . فلا كلامَ . وإنْ قُلنا : إنَّها صحيحةٌ . . قُسِّمتِ المئةُ المسمَّاةُ عليهِم علىٰ قَدْرِ قيمتِهِم ، فيكونُ علىٰ مَنْ قيمتُهُ مئةٌ : خمسونَ ، وعلىٰ كلِّ واحدٍ مِنَ الآخرَينِ : خمسةٌ وعشرونَ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ أَدَّىٰ العبيدُ الثلاثةُ مئةً مِنْ أَيديهِم إلىٰ السيِّدِ ، ثمَّ ٱختلفوا ، فقالَ كلُّ واحدٍ مِنَ العبدينِ اللَّذينِ قيمتُهما مئةٌ : أَدَّيناها أَثلاثاً بيننا ، فأَدَّيتَ أَنتَ ثلاثةً وثلاثينَ وثُلثاً وبقيَ عليكَ باقي[1] كتابتِكَ فلَم تعتقْ ، وأَدَّىٰ كلُّ واحدٍ منَّا ثلاثةً وثلاثينَ وثُلثاً ، وعلىٰ كلِّ واحدٍ منّا خمسةٌ وعشرونَ . . فقد عتقنا نحنُ ، وبقيَ ما زادَ لكلِّ واحدٍ منّا وديعةً عندَ[2] السيِّدِ ، أَو أَدَّينا ذٰلكَ عنكَ بإذنكَ فهوَ دَينٌ عليكَ لنا . وقالَ مَنْ كثُرتْ قيمتُهُ : بلْ أَدَّيناها علىٰ قَدْرِ ما علينا مِنْ مالِ الكتابةِ ، فأَدَّيتُ أَنا خمسينَ وعتقتُ ، وأَدَّىٰ كلُّ واحدٍ منكُما خمسةً وعشرينَ وعتقَ :

فقدْ قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ في موضعٍ : (القولُ قولُ مَنْ قلَّتْ قيمتُهُ) .

وقالَ في موضعٍ مِنَ « الأُمِّ » : (إذا أَدَّوا ستِّينَ ديناراً ، ثمَّ ٱختلفوا ، فقالَ مَنْ قلَّتْ قيمتُهُ : أَدَّيناها علىٰ العددِ أَثلاثاً ، وقالَ مَنْ كثُرتْ قيمتُهُ : أَدَّيناها علىٰ قَدْرِ ما علينا مِنْ مالِ الكتابةِ . . فالقولُ قولُ مَنْ كثُرتْ قيمتُهُ) .

---

(١) في (م) : (تمام) .
(٢) في (م) : (قِبَل) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيها علىٰ طريقينِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : فيها قولانِ :

أَحدُهما : القولُ قولُ مَنْ قلَّتْ قيمتُهُ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ أَيديَهُم علىٰ المالِ ، فالظاهرُ أَنَّ أَملاكَهُم متساويةٌ فيهِ .

والثاني : أَنَّ القولَ قولُ مَنْ كَثرتْ قيمتُهُ ؛ لأَنَّ الظاهرَ مِنْ حالِ مَنْ عليهِ دَينٌ أَنَّه لا يؤَدِّي أَكثرَ ممَّا عليهِ ، ومَنْ قلَّتْ قيمتُهُ يدَّعي أَنَّه أَدَّىٰ أَكثرَ ممَّا عليهِ ، وهٰذا مخالفٌ للظاهرِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإِنَّما هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فالموضعُ الذي قالَ : (القولُ قولُ مَنْ قلَّتْ قيمتُهُ) أَرادَ بهِ : إِذا أَدّوا أَقلَّ ممَّا عليهم مِنْ مالِ الكتابةِ ، مثلَ : أَنْ يؤَدّوا ستِّينَ وعليهِم مئةٌ ؛ لأَنَّ مَنْ قلَّتْ قيمتُهُ . . لَم يؤَدِّ أَكثرَ ممَّا عليهِ ، فلا تخالفُ دَعواهُ الظاهرَ ، ويدُ كلِّ واحدٍ منهُم علىٰ ثُلثِ المالِ ، فكانَ القولُ قولَهُ .

والموضعُ الذي قالَ : (القولُ قولُ مَنْ كثُرتْ قيمتُهُ) أَرادَ بهِ : إِذا أَدّوا جميعَ مالِ الكتابةِ ؛ لأَنَّ مَنْ قلَّتْ قيمتُهُ هاهُنا . . يدَّعي أَنَّه أَدَّىٰ أَكثرَ ممَّا عليهِ ، فكانتْ دعواهُ تخالفُ الظاهرَ ، فلَم تقبلْ .

مسأَلةٌ : [ٱدعاء المكاتب تأدية الكتابة لسيديه] :

وإِنْ كانَ عبدٌ بينَ رَجلينِ نصفينِ فكاتباهُ كتابةً صحيحةً ، ثمَّ ٱدَّعىٰ المكاتَبُ أَنَّه أَدَّىٰ إِليهما مالَ الكتابةِ . . ففيهِ ثلاثُ مسائلَ :

إِحداهُنَّ : إِذا كاتباهُ علىٰ أَلفٍ ، فٱدَّعىٰ المكاتَبُ أَنَّه أَدَّىٰ إِلىٰ كلِّ واحدٍ منهُما خمسَ مئةٍ ، فإِنْ صدَّقاهُ . . عتقَ ، وإِنْ كذَّباهُ ولا بيِّنةَ للمكاتَبِ . . حلفَ لَه كلُّ واحدٍ منهُما يميناً وبقيَ علىٰ الكتابةِ ، وإِنْ صدَّقَهُ أَحدُهما وكذَّبَهُ الآخَرُ . . عتقَ نصيبُ المصدِّقِ .

ولا تقبلُ شهادةُ المصدِّقِ علىٰ المنكرِ ؛ لأَنَّه يدفعُ بهٰذهِ الشهادةِ عَنْ نفْسهِ غُرماً ، فإِنْ لَم يكنْ معَ المكاتَبِ بيِّنةٌ . . حلفَ لَه المنكِرُ : أَنَّه لَم يقبضْ منهُ نصيبَهُ مِنَ الكتابةِ ،

وبقيَ نصيبُهُ علىٰ الكتابةِ ، ويكونُ المنكِرُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يطالِبَ المكاتَبَ بخَمْسِ مئةٍ ؛ لأنَّه قدْ ثبتَ أنَّه ما قبضَ شيئاً منها ، وبينَ أَنْ يرجعَ علىٰ شريكهِ المصدِّقِ بمئتينِ وخمسينَ ـ وهوَ نصفُ ما قبضَ ـ لأَنَّ كسْبَ المكاتَبِ مشترَكٌ بينَ سيِّديهِ ، فلا يجوزُ أَنْ يخصَّ أَحدَهما بشيءٍ منهُ ، ويرجعُ علىٰ المكاتبِ بمئتينِ وخمسينَ ؛ لأنَّه لَم يثبتْ أنَّه قبضَ منهُ شيئاً مِنَ الكتابةِ .

فإذا حصلَ للمنكِرِ الخَمْسُ مئةٍ ، إمَّا مِنَ المكاتَبِ وإمَّا مِنَ المكاتَبِ ومِنَ المصدِّقِ . . عتقَ نصيبُهُ ، ولا يرجعُ المكاتَبُ علىٰ المصدِّقِ بما أَخذَهُ منهُ المنكِرُ ، وكذٰلكَ لا يرجعُ المصدِّقُ علىٰ المكاتَبِ بِما أَخذَهُ منهُ المنكِرُ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يقرُّ أَنَّ الذي ظلمَهُ هوَ المنكِرُ ، فلا يرجعُ علىٰ غيرِ مَنْ ظلمَهُ .

فإنْ قِيلَ : فالمكذِّبُ منكِرٌ لقبضِ المصدِّقِ نصيبَهُ . . فكيفَ يرجعُ عليهِ ؟

قُلنا : إقرارُ المصدِّقِ يوجبُ لَه الرجوعَ عليهِ ، وإنكارُهُ لا يمنعُهُ مِنَ الرجوعِ ؛ لجوازِ أَنْ يكونَ المصدِّقُ قبضَ بغيرِ علمِ المنكرِ .

فإنْ عجزَ المكاتَبُ عمَّا لزمَهُ أَداؤُهُ إلىٰ المنكرِ . . كانَ لَه تعجيزُهُ فإذا عجَّزَهُ . . عادَ نصفُهُ رقيقاً لَه ، ونصفُهُ قد عتقَ بإقرارِ المصدِّقِ ، ويكونُ ما بقيَ في يدِ المكاتَبِ مِنَ الكسبِ بينَهُ وبينَ المنكِرِ نصفينِ .

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولا يقوَّمُ نصيبُ المنكِرِ هاهُنا علىٰ المصدِّقِ ؛ لأَنَّ التقويمَ لحظِّ العبدِ لتكميلِ أَحكامهِ ، والعبدُ يزعمُ أَنَّه حرٌّ ، وإنَّما اْسترقَّ المنكِرُ نصفَهُ ظلماً) .

المسأَلةُ الثانيةُ : إذا قالَ المكاتَبُ لأَحدِالشريكينِ : دفعتُ إليكَ جميعَ الأَلفِ لتأخذَ نصفَها لكَ وتدفعَ إلىٰ شريكِكَ نصفَها ، فقالَ الذي اْدَّعىٰ عليهِ المكاتَبُ : لَم تدفعْ إليَّ جميعَ الأَلفِ ، وإنَّما دفعتَ إليَّ نصفَ الأَلفِ وإلىٰ شريكي نصفَ الأَلفِ ، فقالَ الشريكُ : ما دفعَ إليَّ شيئاً . . فيعتقُ نصيبُ الذي أَقرَّ أَنَّه قبضَ نصفَ الأَلفِ ، ويحلفُ للمكاتَبِ : أَنَّه ما قبضَ منهُ إلاَّ خمسَ مئةٍ ، ولا تقبلُ شهادتُهُ علىٰ شريكهِ ؛ لأَنَّ المكاتَبَ لا يدَّعي عليهِ أَنَّه قبضَ ، ولأَنَّه يدفعُ بهٰذهِ الشهادةِ عَنْ نفْسِهِ غُرماً ، ولا يمينَ

علىٰ الشريكِ الذي لَم يدَّعِ عليهِ المكاتَبُ ، للمكاتَبِ ؛ لأَنَّه لا يدَّعي أَنَّه أَقبضَهُ شيئاً ، فبقيَ نصيبُهُ علىٰ الكتابةِ : ويكونُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يرجعَ علىٰ المكاتَبِ بخَمْسِ مئةٍ ، وبينَ أَنْ يرجعَ عليهِ بمئتينِ وخمسينَ وعلىٰ شريكهِ المقرِّ بمئتينِ وخمسينَ ؛ لأَنَّ الخَمْسَ المئةِ التي أَقرَّ بقبضِها مِنْ كسبِ العبدِ وكسبُهُ بينهُما .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وللمصدِّقِ أَنْ يُحلِّفَ المنكِرَ : أَنَّه لَم يقبضْ مِنَ المكاتَبِ خمسَ مئةٍ ؛ لجوازِ أَنْ يخافَ ، فيُقِرَّ ، فيسقطَ رجوعُهُ عليهِ .

فإِذا رجعَ المنكِرُ علىٰ المكاتَبِ أَو علىٰ المصدِّقِ . . لَم يرجعْ أَحدُهما علىٰ الآخرِ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ المصدِّقَ يعترفُ : أَنَّ المنكِرَ ظالمٌ لَه ، فلا يرجعُ علىٰ غيرِ مَنْ ظلَمَهُ ، والمكاتَبُ ما ثبتَ أَنَّه دفعَ إِلىٰ المصدِّقِ شيئاً ، فيرجعُ بهِ عليهِ .

فإِذا حصلَ للمنكِرِ خمسُ مئةٍ مِنَ المكاتَبِ أَو منهُما . . عتقَ نصيبُهُ .

وإِنْ عجزَ المكاتَبُ عمَّا لزمَهُ أَداؤُهُ إِلىٰ المنكِرِ . . كانَ لَه تعجيزُهُ ، فإِذا عجَّزَهُ . . عادَ نصفُهُ رقيقاً لَه ، ونصفُهُ قد عتقَ علىٰ المصدِّقِ .

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ويقوَّمُ علىٰ المقرِّ نصيبُ المنكِرِ ؛ لأَنَّ المكاتَبَ يقولُ : أَنا أَستحقُّ التقويمَ ؛ لأَنَّ نصفيَ مملوكٌ) .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ نقلَ جوابَ الأُولىٰ إِلىٰ هٰذهِ وجوابَ هٰذهِ إِلىٰ الأُولىٰ ، وجعلَ فيهِما قولينِ ، وليسَ بشيءٍ .

المسأَلَةُ الثالثةُ : إِذا قالَ المكاتَبُ لأَحدِ الشريكينِ : قدْ دفعتُ إِليكَ الأَلفَ كلَّها لتأْخذَ نصفَها وتدفعَ إِلىٰ شريكِكَ نصفَها ، فقالَ هٰذا الذي ٱدَّعىٰ عليهِ المكاتَبُ : نَعم ، قد قبضتُ الأَلفَ ودفعتُ إِلىٰ شريكي نصفَها ، فقالَ الشريكُ : ما دفعتَ إِليَّ شيئاً . . عتقَ نصيبُ المقرِّ ؛ لأَنه أَقرَّ أَنَّه ٱستوفىٰ مالَ كتابتهِ ، فإِنْ لَم تكنْ بيِّنةٌ علىٰ المنكِرِ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينهِ ، فإِذا حلفَ . . بقيَ حقُّهُ مكاتباً ، ويكونُ بالخيارِ . . بينَ أَنْ يطالِبَ المكاتَبَ بخَمْسِ مئةٍ ؛ لأَنَّ حقَّهُ في الأَصلِ عليهِ ، وبينَ أَنْ يطالِبَ المقِرَّ بخَمْسِ مئةٍ ؛ لأَنه أَقرَّ بقبضِها . فإِذا أَخذَ حقَّهُ مِنْ أَيِّهما كانَ . . عتقَ نصيبُهُ ، ثمَّ ينظرُ :

فإنْ رجعَ المنكِرُ علىٰ المكاتَبِ بخَمْسِ مئةٍ . . كانَ للمكاتَبِ الرجوعُ علىٰ المقرِّ بخمسِ مئةٍ ، سواءٌ صدَّقهُ علىٰ الدفعِ إلىٰ شريكهِ أو كذَّبهُ ؛ لأنَّه يقولُ : كانَ مِنَ الواجبِ عليكَ أَنْ تدفعَ إليهِ وتُشهِدَ ليكونَ دفعاً مُبرئاً ، فإذا لَم تُشهِدْ . . فقد فرَّطتَ .

وإنْ رجعَ المنكِرُ علىٰ المقرِّ . . لَم يرجعِ المقرُّ علىٰ المكاتَبِ ؛ لأنَّه يقرُّ أنَّ شريكَهُ ظلَمَهُ ، فلا يرجعُ علىٰ غيرِ مَنْ ظلَمَهُ . وإنْ عجزَ المكاتَبُ عَنِ الأداءِ . . قالَ أصحابُنا : وهٰذا بعيدٌ ؛ لأنَّ لَه أَنْ يأخذَ مِنَ المُقِرِّ خمسَ مِئةٍ ويؤدِّيَها في مالِ الكتابةِ ، ولٰكنَّه إنْ لَم يَختَرْ ذٰلكَ . . لَم يُجبرْهُ المنكِرُ علىٰ مطالبةِ المقرِّ ، وللمنكِرِ أَنْ يُعجِّزَهُ ، فإذا عجَّزَهُ . . عادَ نصفُهُ رقيقاً لَه ، ويرجعُ المنكِرُ علىٰ المقرِّ بخَمْسِ مئةٍ ، وهوَ نصفُ ما أَقرَّ بقبضهِ ؛ لأنَّه مِنْ كسبِ المكاتَبِ .

قالَ عامَّةُ أَصحابِنا : ويقوَّمُ نصيبُ المنكِرِ علىٰ المقِرِّ .

وقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : إنْ كانَ المكاتَبُ لَم يصدِّقِ المقرَّ في دفعِ خَمْسِ مئةٍ إلىٰ المنكِرِ . . قوِّمَ عليهِ ؛ لأنَّه يقرُّ أنَّ نصفَهُ مملوكٌ ، وإنْ صدَّقهُ أنَّه دفعَ إليهِ خمسَ مئةٍ . . لَم يقوَّمْ عليهِ ؛ لأنَّه يعترفُ أنَّه حرٌّ وأَنَّ أَحكامَهُ كَمُلَتْ ، وأَنَّ المنكِرَ مُستَرِقٌّ لِنصفهِ ظلماً .

فرعٌ : [تزويج السيد ابنته من مكاتبه] :

إذا زوَّجَ الرجلُ ٱبنتَهُ مِنْ مكاتَبِهِ برِضاها . . صحَّ النكاحُ ، وإنَّما ٱعتُبرَ رِضاها ؛ لأنَّه ليسَ بكفءٍ لَها .

فإنْ ماتَ السيِّدُ قَبْلَ أَنْ يَعتقَ المكاتَبَ ، فإنْ كانتْ غيرَ وارثةٍ لأبيها ، بأَنْ كانتْ قاتلةً أَو ذمِّيَّةً . . فإنَّ النكاحَ بحالهِ ، وإنْ وَرثَتْ أَباها . . ٱنفسخَ نكاحُها . وبهِ قالَ أَحمدُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا ينفسخُ النكاحُ) .

دليلُنا : أَنَّ المكاتَبَ عبدٌ قَبْلَ الأَداءِ وقدْ مَلَكَتْ شيئاً منهُ . . فٱنفسخَ نكاحُها ، كما لَو كانَ زوَّجَها غيرَ مكاتبٍ ، فمَلكتْهُ أَو مَلكتْ شيئاً منهُ .

فرعٌ : [تدفع الكتابة لورثة السيد أو للوصي] :

وإِنْ كاتبَ الرجلُ عبداً لَه وماتَ السيِّدُ قَبْلَ أَنْ يؤَدِّيَ المكاتَبُ ، فإِنْ كانَ وارثُ السيِّدِ واحداً رشيداً . . دفعَ المكاتَبُ المالَ إِليهِ ، وإِنْ كانَ وَارثُهُ ٱثنينِ رشيدينِ . . لَم يَعتَقِ المكاتَبُ حتَّىٰ يدفعَ إِلىٰ كلِّ واحدٍ منهُما نصيبَهُ .

وإِنْ وَرِثَ السيِّدَ مَنْ ليسَ برشيدٍ . . لم يَعتقِ المكاتَبُ حتَّىٰ يدفعَ مالَ الكتابةِ إِلىٰ الناظرِ في أَمرِ الوارثِ ، مِنْ جدٍّ أَو وَصيٍّ أَو حاكمٍ أَو أَمينِ الحاكمِ .

وإِنْ أَوصىٰ السيِّدُ بمالِ الكتابةِ لرجلٍ معيَّنٍ أَو لقومٍ معيَّنينَ . . قالَ المحامليُّ : جازَ للمكاتَبِ أَنْ يدفعَ مالَ الكتابةِ للموصىٰ لَه المعيَّنِ ، ويجوزُ أَنْ يدفعَهُ إِلىٰ وَصيِّ الميتِ أَو إِلىٰ وَارثهِ ؛ لأَنَّ لِلوارثِ والوصيِّ أَنْ يَتولَّيا إِيصالَ الوَصايا إِلىٰ مستحقِّيها .

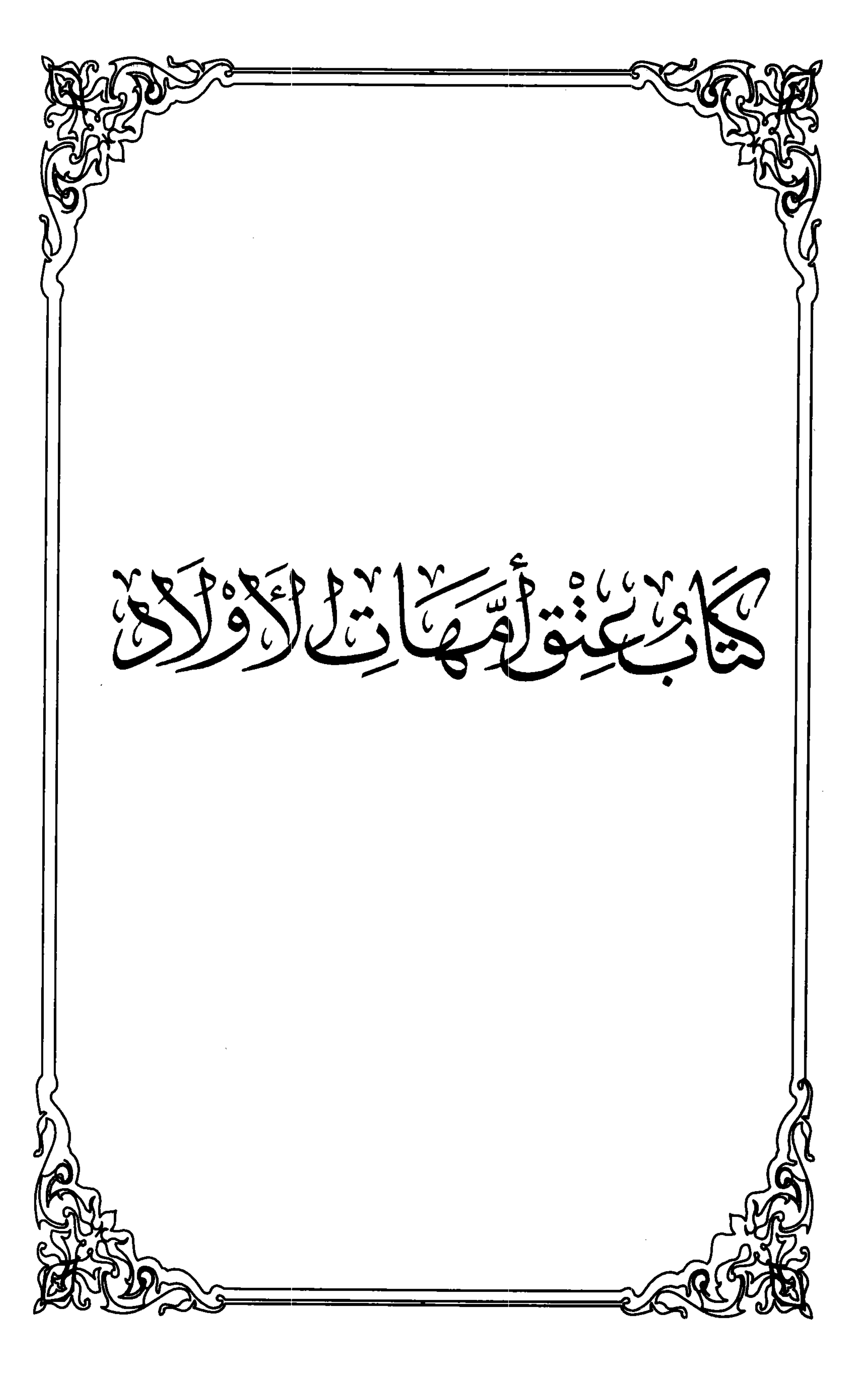
وإِنْ وصَّىٰ بهِ المولىٰ لقومٍ موصوفِينَ غيرِ معيَّنينَ ، كالفقراءِ والمساكينِ . . لَم يَبرأ المكاتَبُ بدفعهِ إِليهِم ، بلْ يدفعُهُ إِلىٰ الوصيِّ[1] ليتولَّىٰ تفرقتَهُ .

وإِنْ أَوصىٰ المولىٰ أَنْ يُقضىٰ دَينُهُ مِنْ مالِ الكتابةِ ، فإِنْ كانَ الدَّينُ لرجلٍ معيَّنٍ . . فالأَولىٰ أَنْ يدفعَهُ إِليهِ . وإِنْ دفعَهُ إِلىٰ الوصيِّ أَوِ إِلىٰ الوارثِ . . جازَ . وإِنْ لَم يوصِ بهِ ، بلْ[2] كانَ عليهِ دَينٌ يحيطُ بمالهِ . . فلا يجوزُ للمكاتَبِ أَنْ يدفعَ إِليهِ المالَ إِلاَّ بحضرةِ الوارثِ والوصيِّ . فإِنْ دفعَهُ إِلىٰ أَحدِهما . . لَم يَبرأْ ؛ لأَنَّ لكلِّ واحدٍ منهُما فيهِ حقّاً ، فحقُّ الوارثِ : أَنْ يأخذَهُ ويقضيَ الدَّينَ مِنْ عندهِ[3] ، وللوصيِّ حقٌّ ، وهوَ : منعُ الورثةِ مِنَ التصرُّفِ في التركةِ حتَّىٰ يقضيَ الدَّينَ .

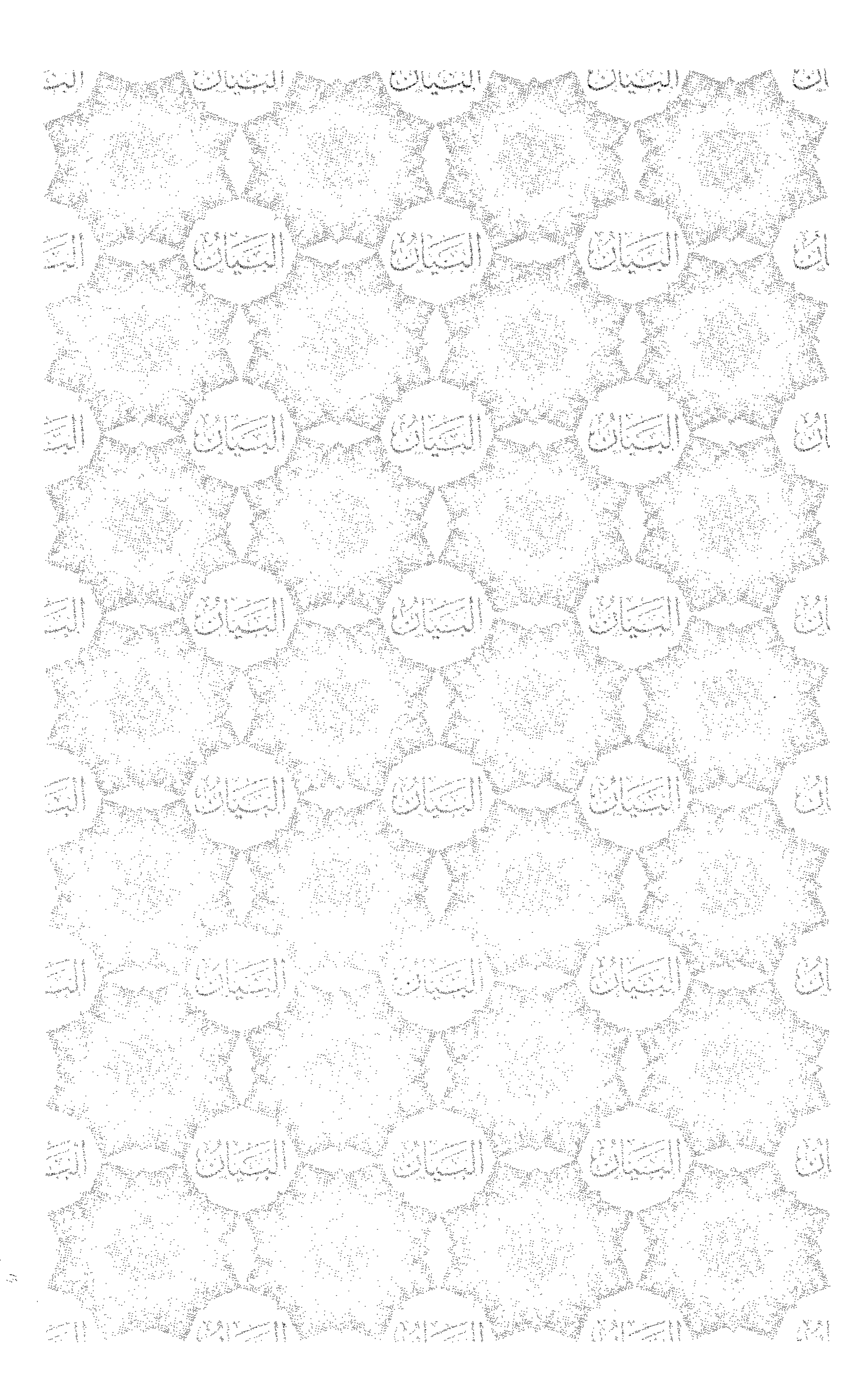
واللهُ أَعلمُ بالصوابِ ، وباللهِ التوفيقُ

* * *

(١) في نسختين : (الموصي) .
(٢) لعلها بمعنى (أو) .
(٣) في نسختين : (غيره) .



كِتَابُ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ


البيان

كتاب عتق أمهات الأولاد(١)

إذا عَلِقَتِ الأَمةُ مِنْ سيِّدِها بحُرٍّ في ملكهِ . . ثبتَ لَها حكمُ الاستيلادِ .

وقالَ المزنيُّ : قَطعَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ في خَمسةَ عشرَ كتاباً بعتقِ أُمَّهاتِ الأَولادِ ، ووَقفَ في غيرِها .

فقالَ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : لا يختلفُ مذهبُ الشافعيِّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (أَنَّه لا يجوزُ بيعُ أُمِّ الولدِ ولا هِبتُها ، ولا تورثُ عنهُ ، بلْ تعتقُ عنهُ بموتِهِ مِنْ رأْسِ المالِ) . وبهِ قالَ عُمر وعثمانُ وعائشةُ رضيَ اللهُ عنهُم ، وهوَ قولُ عامَّةِ الفقهاءِ .

وأَمَّا توقُّفُ الشافعيِّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ عَنْ بيعِها . . فإِنَّما ذٰلكَ لينبِّهَ علىٰ أَنَّ في بيعِها خلافاً .

ورويَ عَنْ عليٍّ ، وابنِ عبَّاسٍ ، وابنِ الزبيرِ رضيَ اللهُ عنهُم : أَنَّهم قالوا : (يجوزُ بيعُها) . وبهِ قالَ داودُ والشيعةُ .

---

(١) أمّ الولد : هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الإماء لقوله جل ثناؤه : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ [المؤمنون : ٥ ـ ٦] . وقد كانت مارية القبطية رضي الله عنها أمّ إبراهيم ولد النبي ﷺ وهي من اللاتي قيل فيهن : (أعتقها ولدها) أخرجه عن ابن عباس ابن ماجه (٢٥١٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/٣٤٦) في العتق ، وفيه حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس متروك الحديث لكن ذكر له متابعات من وجوه أخر من أمثلها ما رواه قاسم بن أصبغ في « مصنفه » . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/١١٩) : وهٰذا إسناد رجاله ثقات ، وهو من أحسن ما روي في هٰذا الباب ، وقد صححه أبو محمد بن حزم الظاهري ، واعتمد عليه في هٰذه المسألة وقد علل بما رواه الثوري عن أبيه عن عكرمة : (أن عمر قال في أم الولد أعتقها ولدها وإن كان سقطاً) ، وهو صحيح .

وحكىٰ الخراسانيّونَ مِنْ أَصحابِنا : أَنَّ ذٰلكَ قولٌ آخَرُ للشافعيِّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ ، وليسَ بمشهورٍ .

دليلُنا : ما روىٰ ٱبنُ عبَّاسٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا . . فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ »[1] .

وروىٰ ٱبنُ عمرَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ في أُمِّ الولدِ : « لاَ تُبَاعُ ، وَلاَ تُوهَبُ ، وَلاَ تُوَرَثُ يَسْتَمْتِعُ بِهَا مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، فَإِذا مَاتَ عُتِقَتْ »[2] .

إذا ثبتَ هٰذا : فلا يصحُّ هبتُها ولا رَهنُها ، وهلْ تصحُّ كتابتُها ؟ فيهِ وجهانِ :

قالَ ٱبنُ القاصِّ : لا يصحُّ ؛ لأَنَّه عقدٌ علىٰ رقبتِها ، فأَشبهَ البيعَ والرهنَ والهبةَ .

وقالَ أَكثرُ أَصحابِنا : يصحُّ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ نصَّ علىٰ : (أَنَّه إِذا ٱستولدَ المكاتبةَ . . صارتْ أُمَّ ولدٍ ، والكتابةُ بحالِها) ، ولأَنَّه يملكُ كسبَها ، فإِذا أَعتقَها علىٰ بعضِه . . جازَ .

إذا تقرَّرَ ما ذكرناهُ . . ففي الاستيلادِ ثلاثُ مسائلَ :

إحداهَنَّ : إِذا عَلِقَتِ الأَمَةُ بحُرٍّ مِنْ سيِّدِها في مِلكهِ . . فإِنَّها تصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه في الحالِ إِلاَّ في مسأَلةٍ واحدةٍ وهيَ : إِذا أَحبلَ الراهنُ الجاريةَ المرهونةَ بغيرِ إِذنِ المرتَهِنِ . . فإِنَّها في أَحدِ القولينِ تباعُ لحقِّ المرتهِنِ وإِنْ كانتْ قد عَلِقَتْ بحُرٍّ مِنْ سيِّدِها في مِلكهِ .

---

(١) أخرجه عن ابن عباس أحمد في « المسند » (١/ ٣١٧) ، وابن ماجه (٢٥١٥) في العتق ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ١٣٠ و ١٣٢) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ١٩) وصحح إسناده ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٤٦) في عتق أمهات الأولاد . وفي إسناده حسين بن عبد الله السالف ذكره في الحديث قبله .

(٢) أخرجه عن ابن عمر الدارقطني في « السنن » (٤/ ١٣٥) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٤٢ ـ ٣٤٣) في عتق أمهات الأولاد . قال ابن الملقن في « خلاصة البدر المنير » (٢٩٩٠) : وصححا وقفه ووافقهما الخطيب البغدادي وعبد الحق . وخالف ابن القطان فصحح رفعه أو حسنه وقال : رواته كلهم ثقات قال : وعندي أن الذي أسنده ثقة خير من الذي أوقفه ، ولا مزيد علىٰ تحقيقه .

الثانيةُ : إذا عَلِقَتْ بولدٍ مملوكٍ . . فإنَّها لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ إلاَّ في مسألةٍ واحدةٍ وهيَ : إذا وَطِىءَ المكاتَبُ أَمتَهُ ، فحَبلتْ منهُ ، فهلْ تصيرُ أُمَّ ولدٍ له ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : تصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه ولا يجوزُ لَه بيعُها ، بلْ تكونُ موقوفةً علىٰ عتقهِ ، فإنْ عتقَ بالأَداءِ . . عتقتْ بموتهِ ، وإنْ رُقَّ . . رُقَّتْ ؛ لأَنَّها أَتتْ منهُ بولدٍ في مِلكهِ وهٰذا الولدُ موقوفٌ علىٰ حرِّيَّتهِ ، فكذٰلكَ الأُمُّ .

والثاني : لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه ؛ لأَنَّها أَتتْ منهُ بولدٍ مملوكٍ .

وإنْ تزوَّجَ أَمةً فأَحبلَها وٱشتراها وهيَ حاملٌ منهُ فوضعتْ عندَهُ . . عتقَ الولدُ ، ولا تصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه . وبهِ قالَ أَحمدُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه) .

وقالَ مالكٌ : (إن ٱشتراها حاملاً ووَضعتْ عندَهُ . . صارتْ أُمَّ ولدٍ لَه ، وإنِ ٱشتراها بعدَما ولَدتْ . . لَم تَصرْ أُمَّ ولدٍ لَه) .

دليلُنا : أَنَّها عَلِقَتْ منهُ بمملوكٍ ، فلا يثبتُ لَها حكمُ الاستيلادِ ، كما لَو زنىٰ بِها .

المسأَلةُ الثالثةُ : إذا عَلِقَتْ منهُ بحُرٍّ في غيرِ مِلكٍ ، مثلِ : أَنْ يطأَها بشبهةٍ . . فإنَّها لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه في الحالِ ؛ لأَنَّها ليستْ بمملوكةٍ لَه ، فإنْ مَلكَها بعدَ ذٰلكَ ، فهلْ تصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : تصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ بحُرٍّ منهُ ، فهوَ كما لَو عَلِقَتْ منهُ في مِلكهِ .

والثاني : لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ لَه ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ منهُ في غيرِ مِلكهِ ، فهوَ كما لَو عَلِقَتْ منهُ في زوجيَّةٍ أَو زنىٰ بها .

مسأَلةٌ : [ما يصيِّر الأمةَ أمَّ ولد] :

وأَمَّا الكلامُ في بيانِ ما تصيرُ بِهِ أُمَّ ولدٍ : فإنَّها إنْ ولَدتْ وَلداً مصوَّراً حيّاً أَو ميْتاً . . فإنَّها تصيرُ أُمَّ وَلدٍ ، ويجبُ بِهِ الغُرَّةُ علىٰ الضاربِ إذا أَسقطتْهُ مِنْ ضربهِ ، وتجبُ بِهِ الكفَّارةُ ، وتنقضي بِهِ العِدَّةُ . وإنْ وَضعتْهُ وهوَ غيرُ مصوَّرٍ تامٍّ إلاَّ أَنَّه بانَ فيهِ صورةُ الآدميِّ ، كظفرٍ أَو شَعَرٍ . . كانَ حكمُهُ حكمَ الولدِ التامِّ الخِلقَةِ ، فتتعلَّقُ بِهِ الأَحكامُ الأَربعةُ .

وإنْ وَضعتْ جسداً ليسَ فيهِ تخطيطٌ ظاهرٌ[١] ، ولٰكنْ عُرِضَ علىٰ أَربعِ نساءٍ ثقاتٍ مِنَ القوابلِ فشهِدنَ أَنَّ فيهِ تخطيطاً باطناً لا يشاهدُهُ إلاَّ أَهلُ الصنعةِ . . فحكمُهُ حكمُ الولدِ ، فتتعلَّقُ بهِ الأَحكامُ الأَربعةُ ؛ لأَنَّهنَّ مِنْ أَهلِ المعرفةِ بذٰلكَ ، فهوَ كما لَو كانَ فيهِ تخطيطٌ ظاهرٌ .

وإنْ وَضعتْ جسداً ليسَ فيهِ تخطيطٌ ظاهرٌ ، ولا شَهدتِ القوابلِ أَنَّ فيهِ تخطيطاً باطناً ، لٰكنْ شَهِدنَ أَنَّ هٰذا لَو بقيَ لَتخطَّطَ وأَنَّه مبتدأُ خلقِ آدميٍّ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ في « المختصرِ » ما يدلُّ علىٰ أَنَّها لا تصيرُ بهِ أُمَّ ولدٍ ؛ لأَنَّه قالَ :

(إذا وَلَدتْ ما يتبيَّنُ أَنَّه مِنْ خَلقِ الآدميِّ عيناً أَو ظفراً أَو إِصبعاً . . فهيَ أُمُّ وَلدٍ) .

وقالَ في كتابِ (العِدَدِ) : (تنقضي بهِ العِدَّةُ) . واختلفَ أَصحابُنا فيهِ علىٰ طريقينِ : فمنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : حكمُهُ حكمُ الولدِ ، فيتعلَّقُ بهِ الأَحكامُ الأَربعةُ ؛ لأَنَّ القوابلَ قد شَهِدنَ أَنَّه مبتدأُ خَلقِ آدميٍّ ، فأَشبهَ إذا شَهِدنَ أَنَّه تَخطَّطَ .

والثاني : لا يتعلَّقُ بهِ شيءٌ مِنْ أَحكامِ الولدِ ؛ لأَنَّه لَم يتبيَّنْ فيهِ صورةُ الآدميِّ ، فأَشبهَ الدَّمَ والماءَ .

ومنهُم مَنْ قالَ : لا تصيرُ بهِ أُمَّ ولدٍ ، ولا تجبُ بهِ الغُرَّةُ ولا الكفَّارةُ ، ولٰكنْ تنقضي بهِ العِدَّةُ ؛ لأَنَّ القصدَ معرفةُ براءةِ رَحِمِ المعتدَّةِ ، وذٰلكَ يحصلُ بهِ . وسائرُ الأَحكامِ إِنَّما تثبتُ لِحُرمةِ الولدِ ولا حُرمةَ لابتدائهِ .

وتعتقُ أُمُّ الولدِ بموتِ سيِّدِها مِنْ رأْسِ المالِ ، سواءٌ استولدَها في صحَّتهِ أَو في مرضِ موتهِ ؛ لأَنَّ الإِحبالَ إِتلافٌ فيما[٢] طريقُهُ الالتذاذُ . . فاعتُبرَ ذٰلكَ مِنْ رأْسِ المالِ ، كما لَو أَتلفَ شيئاً مِنْ مالهِ في مأكولهِ وملبوسِهِ .

---

(١) **تخطيط ظاهر** : أي ظهر فيه خلق الآدمي ، وتبيَّن كما تبيَّن الخط في الشيء الذي يخطط بقلم أو حديدة وسوىٰ ذٰلك .

(٢) الأولى أن تكون : (ما) بدل (فيما) .

مسألةٌ : [حكم أم الولد كالقِنة] :

ذكرَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (أنّها لا تخالفُ الأَمةَ ، غيرَ أَنّها لا تخرجُ مِنْ مِلكهِ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ حكمَ أُمِّ الولدِ حكمُ الأَمةِ القِنَّةِ .. فيجوزُ للسيِّدِ وَطؤُها وٱستخدامُها وإِجارَتُها .

وقالَ مالكٌ رحمهُ اللهُ : (لا يجوزُ لَه إِجارَتُها) .

دليلُنا : قولُه ﷺ في حديثِ ٱبنِ عمرَ ، ولأنّه يَملكُ ٱستخدامَها ، فملكَ إِجارتَها ، كالمدبَّرةِ .

وهلْ يجوزُ تزويجُها ؟ فيهِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : (يجوزُ) وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، وٱختارَهُ المُزنيُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّها أَمةٌ يَملكُ الاستمتاعَ بها ، فملكَ تزويجَها ، كالمدبَّرةِ . **فعلىٰ هٰذا** : لَه إِجبارُها علىٰ النكاحِ .

والثاني : يصحُّ تزويجُها برضاها ، ولا يصحُّ بغيرِ رِضاها ؛ لأَنَّها أَمةٌ ثبتتْ لَها الحرِّيَّةُ بسببٍ لا يَملكُ المولىٰ إِبطالَهُ فهيَ كالمكاتبَةِ وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ المدبَّرةِ .

والثالثُ : لا يصحُّ تزويجُها بحالٍ ؛ لأَنَّ مِلكَ السيِّدِ قد ضَعفَ في حقِّها وهيَ لَم تكملْ ، فلَم يكنْ لَه تزويجُها ، كالأَخِ لا يزوِّجُ أَختَهُ الصغيرةَ لضعفِ ولايتهِ ؛ لأَنّها لَم تكمُلْ .

فإِذا قُلنا بهٰذا : فهلْ يجوزُ للحاكمِ تزويجُها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ، وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ، وأَبي سعيدٍ الإِصطخريِّ ؛ لأَنَّ تزويجَها مِنْ طريقِ الحُكمِ ، والحاكمُ يَملكُ بالحُكمِ ما لا يَملكُهُ الوليُّ ، بدليلِ : أَنَّ الحاكمَ يجوزُ لَه تزويجُ الذمِّيَّةِ ، ولا يجوزُ لِلمسلمِ تزويجُ الذمِّيَّةِ بولايةِ القَرابةِ .

فعلىٰ هٰذا : لا يصحُّ إِلاَّ برضا المكاتبِ ؛ لأَنَّه يَملكُ الاستمتاعَ[1] بها ، وبتزويجِها

---

(١) في (م) : (الاستعمال) .

يَحرُمُ عليهِ استمتاعُها ، ويجبُ لها المهرُ ورضاها ؛ لأنَّ الاستمتاعَ لَها .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي عليٍّ بنِ أَبي هريرةَ ـ : أَنَّه لا يصحُّ ؛ لأَنَّ الحاكمَ ينوبُ عنهُما وهُما لا يَملكانِ النكاحَ بأَنفُسِهما ، فلَم يَجزْ أَنْ ينوبَ الحاكمُ عنهُما . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

مسأَلَةٌ : [منزلة ولد أم الولد بمنزلتها] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (ووَلدُ أُمِّ الولدِ بمَنزلَتِها ، يَعتَقُونَ بعتقِها) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ أُمَّ الولدِ إِذا أَتتْ بولدٍ مِنْ نكاحٍ أَو زنىً . . ثبتَ لهُ ما يثبُتُ لَها مِنْ حُرمةِ[1] الاستيلادِ ، فإِنْ ماتَ السيِّدُ . . عَتقتْ وعَتقَ وَلدُها ؛ لأَنَّ الولدَ يتبعُ أُمَّه في رقِّها وحُرِّيَتِها حالَ وِلادتِها ، فيتبعُها أَيضاً في حكمِ الاستيلادِ ؛ لأَنَّه سببٌ مستقرٌّ للحرِّيَّةِ ، فجرىٰ مجرىٰ الحرِّيَّةِ .

فإِنْ ماتتِ الأُمُّ قَبلَ موتِ سيِّدِها . . ماتتْ رقيقةً ؛ لأَنَّها إِنَّما تعتقُ بموتِ سيِّدها ، فإِذا ماتتْ قَبْلَهُ . . ماتتْ رقيقةً ، كالمدبَّرةِ ، ولا يبطلُ ما ثبتَ لِلولدِ مِنْ حُرمةِ[1] الاستيلادِ ، بلْ يَعتِقُ بموتِ سيِّدهِ ؛ لأَنَّه ثبتَ لَه حقٌّ مستقرٌّ بحياةِ الأُمِّ ، فلا يسقطُ بموتِها ، كالحرِّيَّةِ .

فرعٌ : [ملك الرحم المحرمة لا يحل وطأها] :

وإِذا مَلكَ الرَّجلُ أُختَهُ مِنَ النَّسبِ أَوِ الرَّضاعِ ، أَو عَمَّتَهُ أَو خالتَهُ ، أَو مَلكَ المسلِمُ أَمةً مجوسيَّةً . . فلا يحلُّ لَه وَطؤُها .

فإِنْ خالفَ ووَطِئَها وأَحبلَها . . فلا خلافَ أَنَّ الولدَ ينعقدُ حرّاً ويلحقُهُ نَسَبُهُ ، وتَصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولدٍ لَه وتعتقُ بموتهِ ؛ لأَنَّها مملوكتُهُ . وإِنَّما حَرُمَ عليهِ وَطؤُها ، للقَرابةِ أَو لكونِها مجوسيَّةً ، فهوَ كما لَو وَطِىءَ أَمتَهُ الحائضَ . فإِنْ كانَ جاهلاً بالتحريمِ . . فلا حدَّ عليهِ ولا تعزيرَ ، وإِنْ كانَ عالماً بالتحريمِ . . فهلْ يجبُ عليهِ الحدُّ ؟ فيهِ قولانِ :

---

(١) في (م) : (حرية) .

أَحدُهما : لا يجبُ عليهِ ؛ لأَنَّ وَطأَهُ صادفَ مِلكَهُ ، فهوَ كما لَو وَطِئَ أَمتَهُ وهيَ حائضٌ . **فعلىٰ هٰذا** : يُعزَّرُ .

والثاني : يجبُ عليهِ الحدُّ ؛ لأَنَّه وَطِئَ ٱمرأَةً لا يَحِلُّ لَه وَطؤُها بحالٍ معَ العلمِ بتحريمِها ، فهوَ كما لَو وَطِئَ أَجنبيةً منهُ . وإِنْ مَلكَ الكافرُ أَمةً كافرةً فأَسلَمتْ ، فوَطِئَها قبْلَ أَنْ يُزالَ مِلكُهُ عنها وأَحبلَها . . فحكمُهُ حكمُ المسلِمِ إِذا وَطِئَ أُختَهُ وهيَ في مِلكهِ ، علىٰ ما مضىٰ .

فإِذا صارتْ أُمَّ ولدٍ لَه . . فُرِّقَ[1] بينَهُ وبينَها ، وتُرِكَتْ علىٰ يدِ ٱمرأَةٍ ثِقةٍ ، وأُمرَ بالإِنفاقِ عليها إِلىٰ أَنْ يموتَ فتعتَقَ .

وإِنْ كانَ لليهوديِّ أَو النصرانيِّ أَمةٌ يحلُّ لهُ وَطؤُها ، فٱستولَدَها . . ثبتَ لَها حرمةُ الاستيلادِ وهيَ مقرَّةٌ تحتَ يدهِ ، كأُمِّ ولدِ المسلِمِ . فإِنْ أَسلَمتْ قَبْلَ موتهِ . . لَم تُقَرَّ تحتَ يدهِ ؛ لأَنَّه لا يحلُّ لَه وَطؤُها ، ولا يؤمَرُ بإِزالةِ مِلكهِ عنها ؛ لأَنَّه قدْ ثبتَ لَها حكمُ[2] الحريَّةِ بالاستيلادِ ، فلا يجوزُ إِبطالُ ذٰلكَ عليها .

فعلىٰ هٰذا : تُتركُ علىٰ يدِ ٱمرأَةٍ ثقةٍ ، فإِنْ كانَ لَها صنعةٌ . . أُمرَتْ بِها ، وما كَسبتْ . . أُنفقَ عليها منهُ ، وما بقيَ مِنْ كسبِها . . يكونُ لسيِّدِها . وإِنْ لَم يفِ كَسبُها بنفقتِها أَو لَم يكنْ لَها كسبٌ . . وَجبَ علىٰ المولىٰ نفقتُها ؛ لأَنَّها في مِلكهِ . **هٰذا مذهبُنا** .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تستسعي في قيمتِها) . وعَنْ مالكٍ روايتانِ :

إِحداهُما : (تعتقُ ولا شيءَ عليها) .

والثانية : (تباعُ) .

فأَمَّا الدليلُ علىٰ إِبطالِ الاستسعاءِ : فقد مضىٰ في العتقِ .

وأَمَّا الدليلُ علىٰ مالكٍ : فلأَنَّه إِسلامٌ مِنَ الأَمةِ ، فلا يوجِبُ عتقَها ، كأَمةِ الكافرِ إِذا دبَّرها .

---

(١) في (م) : (حيل) .
(٢) في نسختين : (حقّ) .

مسأَلَةٌ : [جناية أم الولد قبل موت السيد] :

إذا جَنَتْ أُمُّ الولدِ علىٰ غيرِها قَبْلَ موتِ سيِّدِها ، فإنْ كانتْ جنايةً توجبُ القِصاصَ . . فالمجنيُّ عليهِ بالخيارِ : بينَ أَنْ يقتصَّ وبينَ أَنْ يعفوَ ، كما قُلنا في غيرِها .

وإِنْ كانتِ الجنايةُ خطأً أَو عمداً وعفا عنها علىٰ مالٍ . . لَزِمَ المولىٰ أَنْ يفديَها ؛ لأَنَّه مُنعَ مِنْ بيعِها ، ولَم يبلغْ بها حالةً يتعلَّقُ الأَرشُ بذمَّتِها ، فلزمَهُ الضمانُ ، كما لَو جنىٰ العبدُ علىٰ غيرِهِ ثمَّ قتلَهُ قاتلٌ ، ولٰكنْ لا يلزمُهُ إِلاَّ أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ أَرشِ الجنايةِ أَو قيمتِها قولاً واحداً ؛ لأَنَّه لا يمكنُ بيعُها ، بخلافِ العبدِ القِنِّ في أَحدِ القولينِ .

فإِنْ جنَتْ ، ففَداها السيِّدُ ، ثمَّ جنَتْ ثانياً . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يلزمُ المولىٰ أَنْ يفديَ الجنايةَ الثانيةَ بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ أَرشِها أَو قيمةِ الجاريةِ ، وهوَ ٱختيارُ المُزنيِّ ؛ لأَنَّه مانعٌ بالإِحبالِ مِنْ بيعِها عندَ الجنايةِ الثانيةِ ، كما أَنَّه مانعٌ مِنْ بيعِها عندَ الأُولىٰ ، فلزمَهُ الفداءُ للثانيةِ ، كالأُولىٰ .

فعلىٰ هٰذا : يلزمُهُ الفداءُ لكلِّ جنايةٍ جنَتْها .

والثاني : لا يلزمُهُ إِلاَّ أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ قيمتِها أَو أُروشِ الجناياتِ كلِّها ؛ لأَنَّه مُنعَ مِنْ بيعِها بالإِحبالِ ، والإِحبالُ إِنَّما وُجدَ منهُ دفعةً واحدةً ، فلَم يلزمْهُ إِلاَّ فديةٌ واحدةٌ للجناياتِ كلِّها ، كما لَو جنىٰ العبدُ جناياتٍ ، ثمَّ قتلَهُ آخرُ .

فعلىٰ هٰذا : إِنْ كانَ المولىٰ قد دفعَ جميعَ القيمةِ إِلىٰ المجنيِّ عليهِ الأَوَّلِ . . فإِنَّ المجنيَّ عليهِ الثانيَ والثالثَ يشاركانِ المجنيَّ عليهِ الأَوَّلَ فيما أَخذَ منهُ مِنَ القيمةِ علىٰ قَدْرِ جناياتِهم[1] ؛ لأَنَّه لا يلزمُ المولىٰ أَكثرُ مِنَ القيمةِ ، وقد دَفعَها .

فإِنْ كانَ المولىٰ لَم يدفعْ جميعَ القيمةِ إِلىٰ المجنيِّ عليهِ الأَوَّلِ ، فإِنْ كانَ أَرشُ الثاني مثلُ البقيةِ التي بقيتْ علىٰ المولىٰ مِنْ قيمةِ الجاريةِ . . دفعَ المولىٰ ما بقيَ عليهِ مِنَ القيمةِ إِلىٰ الثاني . وإِنْ كانَ أَرشُ الجنايةِ الثانيةِ أَكثرَ مِنْ بقيَّةِ القيمةِ علىٰ المولىٰ . . ضُمَّتْ بقيَّةُ

---

(١) في نسخة : (جنايتها عليهم) .

القيمةِ علىٰ المولىٰ إلىٰ ما أخذَهُ المجنيُّ عليهِ الأوَّلُ مِنَ القيمةِ ، وقُسِّمتِ القيمةُ علىٰ المجنيِّ عليهما علىٰ قَدْرِ أَرْشِهما .

مسألةٌ : [مِلكُ الولدِ الأمةَ يحرِّم علىٰ الأب وَطْأَها] :

إذا ملكَ الرَّجلُ أمةً . . لَم يحلَّ لأبيهِ وَطؤُها ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ ﴾ [المعارج : ٢٩-٣٠] .

وأَمةُ الابنِ ليستْ بزوجةٍ للأَبِ ولا مِلكاً لَهُ ، فإنْ خالفَ الأَبُ ووَطِئَها . . فقدْ فعلَ فعلاً محرَّماً ، فإنْ لَم يُحبِلْها . . فالكلامُ في ثلاثةِ مواضعَ ، في الحدِّ ، والمهرِ ، والقيمةِ :

فأمَّا (الحدُّ) : فإنْ كانَ الابنُ لَم يَطأْها . . لَم يجبْ علىٰ الأَب الحدُّ ؛ لأنَّ لَه في مالِ الابنِ شبهةً ؛ لقولهِ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيْكَ »(١) .

---

(١) سلف ، وأخرجه عن عائشة ابن حبان في « الإحسان » (٤٢٦٢) بإسناد صحيح .
وأخرجه عن جابر ابن ماجه (٢٢٩١) في التجارات ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » (٤/ ١٥٨) في القضاء ، وابن عدي في « الكامل » (٧/ ١٦٥) . وفيه : أن رجلاً قال : يا رسول الله إن لي مالاً وولداً وإن أبي يريد أن يحتاج مالي . فقال : « أنت ومالك لأبيك » . قال البوصيري في « الزوائد » : هٰذا إسناد صحيح . وصححه أيضاً ابن القطان كما في « نصب الراية » (٣/ ٣٣٧) .
وأخرجه عنه أيضاً الطبراني في « الصغير » (٩٤٨) بلفظ : جاء رجل إلىٰ النبي ﷺ فقال : يا رسول الله إن أبي أخذ مالي ، فقال النبي ﷺ للرجل : « اذهب فأتني بأبيك » فنزل جبريل عليه السلام علىٰ النبي ﷺ فقال : « إن الله يقرئك السلام ويقول : إذا جاءك الشيخ فسله عن شيءٍ قاله في نفسه ما سمعته أذناه » فلما جاء الشيخ قال له النبي ﷺ : « ما بال ابنك يشكوك ؟ أتريد أن تأخذ ماله ؟ » فقال : سله يا رسول الله ، هل أنفقته إلا علىٰ عماته أو خالاته أو علىٰ نفسي ، فقال النبي ﷺ : « إيهٍ دعنا من هٰذا ، أخبرنا عن شيءٍ قلتَه في نفسك ما سمعته أذناك » فقال الشيخ : والله يا رسول الله ما يزال الله يزيدنا بك يقيناً ، لقد قلت في نفسي شيئاً ما سمعته أذناي ، فقال : « قل وأنا أسمع » قال : قلت [من الطويل] :

غذوتك مولوداً وَمُنْتُكَ يافعاً ... تعلُّ بما أجني عليك وتنهلُ
إذا ليلةٌ ضافَتْك بالسُّقم لم أبتْ ... لسُقمِك إلا ساهراً أتململُ
كأني أنا المطروق دونك بالذي ... طُرِقتَ به دوني فعينايَ تهملُ=

وقولهِ ﷺ : « إِنَّ أَوْلادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُوْا مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ »[1] .

وإذا كانَ لَه شبهةٌ في مال الابنِ . . لَم يجبْ عليهِ الحدُّ بوطءِ جاريتهِ ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱدْرَؤُوْا ٱلْحُدُوْدَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ » .

فإن كانَ الابنُ قد وَطِئَها قَبْلَ ذٰلكَ . . فهلْ يجبُ الحدُّ علىٰ الأَبِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجبُ عليهِ الحدُّ ؛ لمَا ذكرْناهُ .

والثاني : يجبُ عليهِ الحدُّ ؛ لأَنَّها صارتْ محرَّمةً علىٰ الأَبِ بوطءِ الابنِ علىٰ التأْبيدِ ، فوجبَ عليهِ الحدُّ بوَطِئها ، كما لَو وَطىءَ ٱمرأَةَ ٱبنهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ويشبهُ أَنْ يكونَ هٰذانِ الوجهانِ مبنيَّينِ علىٰ القولينِ فيمَنْ مَلكَ أُختَهُ فوَطِئَها .

=
تخـافُ الـردىٰ نفسـي عليـك وإنهـا ... لتعلـمُ أنَّ المـوت وقـتٌ مـؤجَّـلُ
فلمَّـا بلغـتُ السِّـنَّ والغـايـةَ التـي ... إليهـا مـدىٰ مـا فيـكَ كنـتُ أؤمـلُ
جعلـتَ جـزائـي غِلظـةً وفظـاظـةً ... كـأنَّـكَ أنـت المنعـمُ المتفضِّـلُ
فليتَـك إذ لـم تَـرْعَ حـقَّ أُبـوَّتـي ... فعلـت كمـا الجـارُ المجـاورُ يفعـلُ
فـأولَيتنـي حـق الجـوار فلـم تكـن ... علـيَّ بمـالٍ دونَ مـالـك تبخـلُ
تـراهُ مُعِـدّاً للخـلافِ كـأنَّـهُ ... بِـرَدٍّ علـىٰ أهـل الصـوابِ مـوكَّـلُ

قال : فحينئذ أخذ النبي ﷺ بتلابيب ابنه وقال : « أنت ومالُك لأبيك » قال الطبراني : لا يُروىٰ هٰذا الحديث عن محمد بن المنكدر إلا بهٰذا التمام ، والشعرُ إلا بهٰذا الإسناد ، تفرد به عبيد بن خَلَصة . قال الهيثمي في « المجمع » (٤/١٥٨) : رواه الطبراني في « الصغرىٰ » و« الأوسط » وفيه من لم أعرفه ، والمنكدر بن محمد ضعيف وقد وثقه أحمد ، والحديث بهٰذا التمام منكر ، وهو عند السخاوي في « المقاصد الحسنة » (١٩٦) .

(١) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما أحمد في « المسند » (٢/١٧٨) ، وأبو داود (٣٥٣٠) في البيوع ، وابن ماجه (٢٢٩٢) في التجارات ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٩٩٥) في النُّحَل ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٧/ ٤٨٠) في النفقات ، باب : نفقة الأبوين وإسناده حسن . وفيه : « أنت ومالك لوالدك ، إن أولادكم من أطيب كسبكم » . قال ابن حبان في معنىٰ ما تقدم : إنه ﷺ زجره عن معاملة أبيه بما يعامل به الأجنبيين ، وأمره ببرِّهِ ، والرفق به في القول والفعل معاً إلىٰ أن يصل إليه ماله ، لا أن مال الابن يملكه أبوه في حياته عن غير طيب نفس من الابن به .

وأمَّا (المهرُ) : فكلُّ موضعٍ قُلنا : لا يجبُ علىٰ الأَبِ الحدُّ ، فإنْ كانَ الابنُ لَم يطأْها أَو كانَ قد وَطِئَها وقُلنا : لا حدَّ علىٰ الأَبِ بوَطئِها . . وَجبَ علىٰ الأَبِ المهرُ بوَطْئِها ؛ لأنَّه وَطءٌ يَسقطُ فيهِ الحدُّ عَنِ الموطوءَةِ ، فوجبَ فيهِ المهرُ ، كالوطءِ في النكاحِ الفاسدِ .

وكلُّ موضعٍ قُلنا : يجبُ الحدُّ علىٰ الأَبِ . . نَظرتَ :

فإنْ كانَ أَكرهَها علىٰ الوطءِ . . وَجبَ عليهِ المهرُ . وإنْ طاوعتْهُ علىٰ الوطْءِ . . فهلْ يجبُ المهرُ علىٰ الأَبِ ؟

حكىٰ أَصحابُنا البغداديُّونَ فيهِ وجهينِ :

المنصوصُ : (أَنَّه لا يجبُ) ؛ لِما رويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ عَنْ مهرِ البغيِّ)[1] و(البغيُّ) : الزانيةُ . قالَ اللهُ تعالىٰ : ﴿ يَٰٓأُخۡتَ هَٰرُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ ٱمۡرَأَ سَوۡءٖ وَمَا كَانَتۡ أُمُّكِ بَغِيّٗا ﴾ [مريم : ٢٨] .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يجبُ عليهِ المهرُ ؛ لأَنَّ المهرَ لِلسيِّدِ ، فلَمْ يَسقطْ ببذلِ الأَمةِ .

وأَصحابُنا الخراسانيُّونَ : يحكونَهُما قولينِ :

وأَمَّا (قيمةُ الجاريةِ) : فإنَّها لا تجبُ علىٰ الأَبِ ؛ لأنَّه لَم يُتلفْها .

فإنْ قِيلَ : فقدْ صارتْ محرَّمةً بالوطءِ علىٰ الابنِ . . قُلنا : إذا لَم يحصلْ نقصٌ في عينِها ولا في قيمتِها . . لَم يجبْ ضمانُها ؛ لأَنَّها تحلُّ لغيرِه .

وأَمَّا إذا أَحبلَها الأَبُ . . فالكلامُ في الحدِّ والمهرِ علىٰ ما مضىٰ ، والولدُ حُرٌّ ثابتُ النَّسَبِ مِنَ الأَبِ .

وهلْ تصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولدٍ لَه ؟

---

(١) أخرجه عن أبي مسعود البدري البخاري (٢٢٣٧) في البيوع ، ومسلم (١٥٦٧) في المساقاة ، وأبو داود (٣٤٨١) ، والترمذي (١٢٧٦) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٤٦٦٦) في البيوع ، وابن ماجه (٢١٥٩) في التجارات .

قالَ القفَّالُ : لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ له قولاً واحداً .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : هلْ تصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولدٍ له ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا تصيرُ أُمَّ وَلدٍ له ، وهوَ ٱختيارُ المُزنيِّ ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ منهُ في غيرِ مِلكهِ ، فهوَ كما لَو وَطِىءَ أَمةً بالنكاحِ فولدَتْ منهُ .

والثاني : أَنَّها تصيرُ أُمَّ ولدٍ له .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ منهُ بحُرٍّ بحقِّ المِلكِ ، فثبتَ لَها حرمةُ الاستيلادِ ، كما لَو كانتْ في مِلكهِ .

فإِذا قُلنا : لا تصيرُ أُمَّ وَلدٍ له . . فلا يجوزُ للابنِ بيعُها ولا هبتُها ما دامتْ حاملاً ؛ لأَنَّها حاملٌ بحُرٍّ .

وللابنِ أَنْ يطالِبَ الأَب بقيمةِ الجاريةِ ؛ لأَنَّه حالَ بينَهُ وبينَ جاريتهِ ، فهوَ كما لَو غَصبَ منهُ جاريةً وأَبَقَتْ منهُ ، فإِذا وَضعَتْ . . ردَّ الابنُ القيمةَ التي أَخذَ مِنَ الأَبِ إِليهِ ؛ لأَنَّ الحيلولةَ قد زالتْ .

وحكىٰ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : أَنَّ مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : ليسَ لَه مطالبتُهُ بالقيمةِ ؛ لأَنَّ الابنَ يَقدرُ علىٰ الانتفاعِ بها بالاستخدامِ والإِجارةِ .

والأَوَّلُ هوَ المشهورُ .

فإِذا وَضعتِ الجاريةُ الولدَ . . وجبَ علىٰ الأَبِ للابنِ قيمةُ الولدِ يومَ الوضعِ ؛ لأَنَّه كانَ في سبيلهِ أَنْ يكونَ مملوكاً ، وقدْ حالَ الأَبُ بينَ الابنِ وبينَ رقِّهِ .

فإِنْ مَلكَ الأَبُ الجاريةَ بعدَ ذٰلكَ . . فهلْ تصيرُ أُمَّ ولدٍ له ؟ فيهِ قولانِ ، كما لَو وَطِىءَ جاريةَ غيرِهِ بشبهةٍ فحملَتْ[1] منهُ ، ثمَّ مَلكَها .

وإِذا قُلنا بالقولِ الآخَرِ : وأَنَّها تصيرُ أُمَّ ولدٍ للأَبِ . . لزمَهُ أَنْ يَغرمَ للابنِ قيمةَ الجاريةِ في الحالِ ، سواءٌ كانَ الأَبُ موسِراً أَو معسِراً . بخلافِ الشريكِ في الجاريةِ إِذا ٱستولدَها ، فإِنَّه لا يلزمُهُ قيمةُ نصيبِ شريكهِ فيها إِذا كانَ معسِراً ؛ لأَنَّا نجعلُ الجاريةَ أُمَّ

---

(١) في (م) : (فحبلت) .

ولدٍ للشريكِ نظراً للشريكِ ، ولا نظرَ لَه عندَ إعسارِ الشريكِ ، وهاهُنا نجعلُها أُمَّ وَلدٍ لَه نظراً للأُبوَّةِ ، والأُبوَّةُ موجودةٌ في الحالينِ ، ولا يلزمُ الأَبَ قيمةُ الولدِ ؛ لأَنَّها تضعُهُ في مِلكهِ .

فرعٌ : [مِلكُ الأبِ الأمةَ يحرمها علىٰ ولده] :

إذا مَلكَ الرَّجلُ جاريةً . . لَم يحلَّ لِولدهِ وَطؤُها ؛ لأَنَّها ليستْ بزوجةٍ لَه ولا مِلكٍ .

فإِنْ خالفَ الابنُ ووَطِئَها ، فإِنْ كانَ عالماً بالتحريمِ . . فعليهِ الحدُّ بوَطئِها . فإِنْ أَكرهَها علىٰ الوطءِ ، فعليهِ المهرُ للأَبِ . وإِنْ طاوَعتْهُ علىٰ الوطءِ . . فهلْ يجبُ عليهِ المهرُ ؟ فيهِ وجهانِ :

المنصوصُ : (أَنَّه لا يجبُ) فإِنْ أَتتْ منهُ بولدٍ . . لَم يلحقْهُ نَسَبُهُ ؛ لأَنَّه زانٍ ، والزاني لا يَلحقُهُ النَّسَبُ ، ويكونُ الولدُ مملوكاً للأَبِ .

وإِنْ كانَ الابنُ جاهلاً بالتحريمِ ، بأَنْ كانَ قريبَ العهدِ بالإِسلامِ أَو نشأَ في باديةٍ . . لَم يجبْ عليهِ الحدُّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ شبهةٌ توجبُ سقوطَ الحدِّ ، ويجبُ عليهِ المهرُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ويكونُ الولدُ مملوكاً للجدِّ ؛ لأَنَّها عَلِقَتْ بهِ في غيرِ مِلكٍ ولا شبهةِ ملكٍ ، ويعتقُ علىٰ الجدِّ ؛ لأَنَّه ٱبنُ ٱبنهِ ، ولا يجبُ علىٰ الابنِ قيمتُهُ ؛ لأَنَّه إِنَّما عتقَ علىٰ الأَبِ بمِلكهِ لَه لا بفعلِ الابنِ ، فلَم يلزمْهُ قيمتُهُ ، ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولدٍ للابنِ بلا خلافٍ ؛ لأَنَّه لا مِلكَ لَه فيها ولا شبهةَ مِلكٍ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

بابُ الوَلاءِ[١]

الأَصلُ في ثبوتِ الوَلاءِ : قولُه تعالىٰ : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ﴾ [الأحزاب : ٥] .

ورويَ عنِ النبيِّ ﷺ : أَنَّه قالَ : « ٱلْوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ ، لا يُبَاعُ وَلا يُوْهَبُ »[٢] .

فإذا أَعتقَ الرجلُ عبداً أَو أَمةً عتقاً منجَّزاً ، أَو علَّقَ عتقَهُ بصفةٍ فوجِدَتِ الصفةُ ، أَو دبَّرهُ ، أَو كاتبَهُ فعُتِقَ عليهِ . ثبتَ لَه عليهِ الوَلاءُ ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱلْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[٣] .

---

(١) الولاء ـ بفتح الواو والمد ـ لغة : القرابة . كما في الحديث الآتي ، مأخوذ من الولْيِ بمعنىٰ الموالاة ، وهي المناصرة والقرابة والمعاونة ، فبه تحصل قرابة حكمية حاصلة من العتق ضد المعاداة ، وسببه نعمة المعتق علىٰ عتيقه ، وهو من أحد أسباب الميراث ، وشرعاً : عصوبة سببها زوال مِلك عن الرقيق الحرية ، وهي ناشئة بعد زوال الملك متراخية عن عصوبة النسب .

(٢) أخرجه عن ابن عمر الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٢٣٧) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٩٥٠) ، والحاكم في « المستدرك » (٤/ ٣٤١) ـ وصححه ولم يوافقه الذهبي ـ في الفرائض ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢٩٢) في الولاء . قال ابن حجر في « تلخيص الحبير » (٤/ ٢٣٥) : قال في « المعرفة » : كأن الشافعي حدث به من حفظه فنسي عبيد الله بن عمر من إسناده ، وقد رواه محمد بن الحسن في كتاب « الولاء » له عن أبي يوسف ، عن عبيد الله بن عمر ، عن عبد الله بن دينار به . . . فانظره .

ورواه عن الحسن البصري البيهقي في « السنن الكبرىٰ »(١٠/ ٢٩٢) مرسلاً ثم قال : هٰذا الحديث خطأ لأن الثقات لم يرووه هكذا .

وعن سعيد بن المسيب رواه سعيد بن منصور في « السنن » (٢٨٤) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦١٤٩) وهو صحيح بطرقه وشواهده . اللُّحمة ـ بالضم ـ : القرابة . قال ابن الأعرابي : لحمة القرابة ولحمة الثوب مفتوحان واللحمة ما يصاد به الصيد ، وعامة الناس يقولون لحمة في الثلاثة .

(٣) أخرجه عن عائشة الصديقة البخاري (٢١٥٦) في البيوع ، ومسلم (١٥٠٤) ، وسعيد بن منصور في « السنن » (٢٧٩) في العتق .

وكذٰلكَ إذا ٱستولدَ الرَّجلُ جاريةً فماتَ قبْلَها . . عَتقَتْ عليهِ وثبتَ لَه عليها الوَلاءُ ؛ لأنَّها عتقَتْ عليهِ بالاستيلادِ ، فهوَ كما لَو باشرَ عِتقَها .

مسألَةٌ : [الولاء لسائل العتق عنه] :

إذا قالَ الرَّجلُ لِغيرِهِ : أَعتِقْ عبدَكَ عني علىٰ مئةِ درهمٍ ، فأَعتقَهُ عنهُ . . عتقَ عنِ السائلِ ، وكانتْ عليهِ المئةُ ، وثبتَ الوَلاءُ لِلسائلِ ؛ لأنَّه عتقَ عنهُ بعوضٍ ، فهوَ كما لوِ ٱشتراهُ وأَعتقَهُ .

وإنْ قالَ : أَعتِقْ عبدَكَ عني ، فأَعتقَهُ المَولىٰ عنهُ . . عتقَ عنِ السائلِ ، وكانَ الوَلاءُ لِلسائلِ ، كما لَوِ ٱتَّهبَهُ وأَعتقَهُ .

وإنْ قالَ : أَعتِقْ عبدَكَ علىٰ مئةٍ ولَم يَقُلْ : عني ، فقالَ المَولىٰ : هوَ حرٌّ . . عتقَ العبدُ ، وٱستحقَّ مولاهُ المئةَ علىٰ السائلِ . وفي وَلاءِ العبدِ وجهانِ ، حكاهُما القاضي أَبو الطيِّبِ :

أَحدُهما : أنَّه لِلسائلِ ؛ لأنَّه أَعتقَهُ بِعِوَضٍ بذلَهُ عَنِ العبدِ المُعتَقِ ، فوَجبَ أَنْ يكونَ العتقُ عمَّنْ عليهِ العِوَضُ والوَلاءُ لَه ، كما لَو قالَ : أَعتِقْ عبدَكَ عني .

والثاني : يكونُ الوَلاءُ لِلمُعتِقِ دونَ السائلِ ؛ لأنَّه لَم يَطلبِ العتقَ عَنْ نفْسِهِ ، فهوَ كما لَو قالَ لَه : أَعتِقْ عبدَكَ ولَم يبذُلْ لَه عِوضاً ، ويكونُ بذْلُ العِوَضِ هاهُنا لافتداءِ العبدِ دونَ ٱستحقاقِ الوَلاءِ ، كما لَو قالَ : طلِّقِ ٱمرأَتكَ علىٰ مئةٍ .

وإنْ قالَ : أَعتِقْ أُمَّ وَلدِكَ هٰذهِ علىٰ مئةِ درهمٍ ، فقالَ المَولىٰ : هيَ حرَّةٌ . . عتقَتْ ، وٱستحقَّ مَولاها المئةَ علىٰ الباذلِ لَها ، وكانَ وَلاؤُها لِلمعتِقِ ، ولا يختلفُ أَصحابُنا في ذٰلكَ ؛ لأنَّ نَقلَ المِلكِ فيها لا يصحُّ ، وإِعتاقُها تعجيلٌ لِلعتقِ المستَحقِّ بالإِحبالِ ، وبذْلُ المئةِ لإِفتدائِها .

وإنْ قالَ : أَعتِقْ أُمَّ وَلدِكَ عني علىٰ مئةِ درهمٍ ، أَو لكَ مئةٌ ، فقالَ : هيَ حرَّةٌ . . عتقَتْ ، ولَم يستحقَّ المَولىٰ المئةَ علىٰ الباذِلِ ؛ لأنَّه بذَلَها لِيكونَ العتقُ عنهُ ، والعتقُ هاهُنا عَنِ المعتِقِ والوَلاءُ لَه ، فلا يستحقُّ عليهِ عِوضاً .

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (وإنْ قالَ رجلٌ لعبدِهِ : أَنتَ حرٌّ عَنْ فلانٍ ، ولَم يأمرْهُ بالحرِّيَّةِ ، وقَبِلَ المعتَقُ عنهُ ذٰلكَ بعدَ العتقِ أَو لَم يَقبْلهُ . . فسواءٌ ، وهوَ حرٌّ عَنْ نفْسِهِ لا عَنِ الذي أَعتقَهُ عنهُ ، ووَلاؤُهُ لَه ؛ لأَنّه أَعتقَهُ) .

فرعٌ : [لمن الولاء لو كان المشتري العبد نفسه] :

وإنْ باعَ الرَّجلُ عبدَهُ مِنْ نفْسِهِ ، وقُلنا : يصحُّ . . فإنَّه يعتَقُ عليهِ ، وفي وَلائهِ وَجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الوَلاءَ يكونُ لسيِّدهِ الذي باعَهُ ؛ لأنّه لَم يَثبتْ عليهِ رقُّ غيرِهِ .

والثاني : لا وَلاءَ عليهِ لأَحدٍ ؛ لأَنّه لَم يعتَقْ عليهِ في مِلكهِ ، والعبدُ لا يَملِكُ الوَلاءَ علىٰ نفْسِهِ ، فلَمْ يكنْ لَه عليهِ وَلاءٌ .

وإذا مَلكَ الحرُّ أَحدَ وَالدَيهِ أَو مَولوديهِ . . عتقَ عليهِ ، وثبتَ لَه عليهِ الوَلاءُ ؛ لأنّه عتقَ عليهِ فثبتَ لَه الوَلاءُ عليهِ ، كما لَو باشرَ عتقَهُ .

مسأَلةٌ : [الولاء للمسلم في عتقه الكافر] :

وإنْ أَعتقَ مسلِمٌ عبداً كافراً . . ثبتَ لَه الوَلاءُ عليهِ ؛ لِقولهِ ﷺ : « ٱلْوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ » . فشبَّهَ الوَلاءَ بالنَّسبِ ، والنَّسَبُ يثبتُ معَ ٱختلافِ الدِّينِ ، فكذٰلكَ الوَلاءُ ، ولكنْ لا يَرثُهُ المَولىٰ . وقالَ الثوريُّ : يرثُهُ .

دليلُنا : قولُه ﷺ : « لا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ »[1] .

---

(١) أخرجه عن جابر الترمذي (٢١٠٩) في الفرائض وقال : هٰذا حديث لا نعرفه من حديث جابر إلا من حديث ابن أبي ليلىٰ ، وفي الباب :
رواه عن ابن عمرو رضي الله عنهما أبو داود (٢٩١١) ، وابن ماجه (٢٧٣١) في الفرائض ، وزاد نسبته الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٩٧) إلىٰ أحمد والنسائي والدارقطني وابن السكن ، وأخرجه عن أبي هريرة البزار بلفظ : « لا ترث ملة من ملة » وفيه عمر بن راشد قال : إنه تفرد به وهو لين الحديث . والحديث بمعنىٰ « لا يرث المسلم الكافر » فجعل الثاني بياناً للأول فدل علىٰ أن المراد بالملتين : الإسلام والكفر .

وإنْ أعتقَ كافرٌ عبداً مسلِماً.. ثبتَ له عليهِ الوَلاءُ ولا يَرِثُهُ .

وقالَ مالكٌ : (لا يثبتُ له عليهِ الوَلاءُ) .

ودليلُنا : قولُه ﷺ : « ٱلْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ولَم يفرِّقْ .

وقولُه ﷺ : « ٱلْوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ » والنَّسَبُ يثبتُ معَ ٱختلافِ الدِّينِ ، فكذٰلكَ الوَلاء .

فرعٌ : [يبقىٰ ولاء المعتق ولو صار حربياً] :

وإنْ أعتقَ المسلِمُ عبداً نصرانيّاً ، فلَحِقَ النصرانيُّ بدارِ الحَرْبِ ، فسُبيَ.. لَم يَجُزِ ٱسترقاقُهُ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ إبطالَ ما ثبتَ لِلمسلِمِ مِنَ الوَلاءِ عليهِ .

فإنْ أعتقَ ذمِّيٌّ عبداً ذمِّيّاً ، فلَحِقَ العبدُ المعتَقُ بدارِ الحَرْبِ ثمَّ سُبيَ.. فهلْ يجوزُ ٱسترقاقُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يجوزُ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ إبطالَ ما ثبتَ لِمولاهُ مِنَ الوَلاءِ ، وقد أُمِرنا بحفظِ أموالِهم كأموالِنا .

والثاني : يجوزُ ٱسترقاقُهُ ؛ لأنَّ السيِّدَ لَو لَحِقَ بدارِ الحَرْبِ.. لجازَ ٱسترقاقُهُ ، فكذٰلكَ عبدُهُ .

فرعٌ : [عتق حربي لحربي يثبت له الولاء] :

وإنْ أعتقَ حربيٌّ عبداً حربيّاً.. صحَّ عتقُهُ ، وثبتَ لَه عليهِ الوَلاءُ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (لا يصحُّ عتقُهُ ، ولا وِلايةَ لَه عليهِ ، ولَه أنْ يواليَ مَنْ شاءَ) .

دليلُنا : أنَّ كلَّ مَنْ صحَّ عتقُهُ في عبدِهِ المسلِمِ.. صحَّ عتقُهُ في عبدِهِ الكافرِ ، كالمسلِمِ . وإذا صحَّ عتقُهُ.. ثبتَ لَه عليهِ الوَلاءُ ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱلْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » وهٰذا معتِقٌ .

مسأَلَةٌ : [الولاء للمعتق] :

ولا يثبتُ الوَلاءُ لغيرِ المُعتِقِ ، فإِنْ أَسلمَ رَجلٌ علىٰ يدِ رَجلٍ . . لَم يَثبتْ لَه عليهِ الوَلاءُ .

وقالَ إِسحاقُ بنُ راهويه[1] : يثبتُ لَه عليهِ الوَلاءُ .

دليلُنا : قولُه ﷺ : « ٱلْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » فدَلَّ علىٰ أَنَّه لا وَلاءَ لِغيرِ المُعتِقِ .

وإِنِ ٱلتقطَ رَجلٌ لَقيْطاً . . لَم يَثبتْ لَه عليهِ الوَلاءُ .

وحكيَ عَنْ عُمرَ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّه قالَ للذي ٱلتقطَ لَقيْطاً : (لكَ وَلاؤُهُ ، وعلينا رَضاعُهُ) .

دليلُنا : ما ذكرناهُ مِنَ الخَبَرِ ، وما رويَ عَنْ عُمَرَ . . فيحتملُ أَنَّه أَرادَ بذٰلكَ وَلاءَ حَضانتِهِ .

فرعٌ : [أعتق سائبة فله ولاؤه] :

وإِنْ أَعتقَ عبداً سائبةً[2] . . عتقَ ، وكانَ وَلاؤُهُ لَه . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (يعتَقُ ، ولا يكونُ لَه ولا عليهِ وَلاؤُهُ ، وإِنَّما يكونُ وَلاؤُهُ لِلمسلمِينَ) .

دليلُنا : قولُه تعالىٰ : ﴿ مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ ﴾ [المائدة : ١٠٣] .

وقيلَ : إِنَّ المرادَ بهِ : ما كانوا يعتقونَهُ مِنَ السوائبِ .

ولأَنَّ عِتقَهُ صادفَ مِلكهُ ، فكانَ الوَلاءُ لهُ ، كما لَو أَطلقَ .

---

(١) في حاشية نسخة : (اختلفوا في راهويه وما أشبهه من نحو عمرويه ، وزنجويه ، ونفطويه : الكوفيون يقولون : راهُوْيَه وعَمْرُوْيَه وزَنْجُويَهْ وهو اختيار المحدثين ، وعند البصريين لا يجوز إلا راهَوَيْهِ وعَمروَيْهِ وزنجوَيْهِ . من « مشيخة سنن أبي داود » . لفظاً) .

(٢) السائبة : العبد يعتق ، ولا يكون لمعتقه عليه ولاء ، فيضع ماله حيث شاء ، وهو الذي قد ورد النهي عنه .

إذا ثبتَ هٰذا : فإذا قالَ لِعبدِهِ : أَنتَ سائبةٌ . . كانَ ذٰلكَ كنايةً في العتقِ ، فإنْ نوىٰ بهِ العتقَ . . عتقَ ، وإنْ لَم ينوِ بهِ العتقَ . . لَم يعتقْ .

فرعٌ : [لا يباع الولاء ولا يوهب] :

ولا يصحُّ بيعُ الوَلاءِ ولا هبتُهُ ؛ لِما روىٰ ٱبنُ عُمَرَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « ٱلْوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوْهَبُ » .

وروىٰ ٱبنُ عُمَرَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ عَنْ بيعِ الوَلاءِ وعَنْ هبتهِ)[1] .

ولأَنَّ الوَلاءَ كالنَّسَبِ ، والنَّسَبُ لا يصحُّ بيعُهُ ولا هبتُهُ ، فكذٰلكَ الوَلاءُ .

مسأَلةٌ : [ثبوت الميراث للمولى المعتِق] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (فإنْ لَم يكنْ لَه عَصَبةٌ برحمٍ ترثُ . . فالمَولىٰ المعتِقُ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ الوَلاءَ يُورَثُ بهِ ؛ لِما روىٰ ٱبنُ عُمَرَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « ٱلْوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ » فشبَّهَ الوَلاءَ بالنَّسَبِ ، والنَّسَبُ يُورَثُ بهِ ، فكذٰلكَ الوَلاءُ .

وروىٰ واثلةُ بنُ الأَسقعِ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « تَحُوْزُ ٱلْمَرْأَةُ ثَلاثَةَ مَوَارِيْثَ : عَتِيْقَهَا ، وَلَقِيْطَهَا ، وَوَلَدَهَا ٱلَّذِيْ لاعَنَتْ عَلَيْهِ »[2] .

---

(١) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٨٣) ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٢٣٦) و (٢٣٩) و (٢٤٠) ، والبخاري (٢٥٣٥) ، ومسلم (١٥٠٦) في العتق ، وأبو داود (٢٩١٩) في الفرائض ، والترمذي (١٢٣٦) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٤٦٥٧) وإلىٰ (٤٦٥٩) في البيوع ، وابن ماجه (٢٧٤٧) و (٢٧٤٨) في الفرائض .

(٢) أخرجه عن واثلة بن الأسقع أبو داود (٢٩٠٦) ، والترمذي (٢١١٦) ، وابن ماجه (٢٧٤٢) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٨٩ و٩٠) ، وصحّحه الحاكم في « المستدرك » (٤/ ٣٤٠ـ ٣٤١) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٥٩) في الفرائض .

قال الترمذي : حسن غريب لا يعرف إلا من هٰذا الوجه من حديث محمد بن حرب ، وفي=

فنصَّ : علىٰ أَنَّ المرأَةَ ترِثُ عتيقَها ليُنبِّهَ بِها علىٰ الرَّجلِ ؛ لأَنَّ الرَّجلَ قد يَرِثُ بجهةٍ ولا ترثُ بِها المرأَةُ ؛ فإذا كانتِ المرأَةُ تَرِثُ عتيقَها . . فالرَّجلُ بذٰلكَ أَولىٰ .

وأَمَّا قولُه : (ولقيطَها) فيحتملُ أَنَّه أَرادَ أَنَّها[1] تحوزُ ميراثَها منهُ إذا آدَّعتْ نَسبَهُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ الوَلاءَ مؤَخَّرٌ عَنِ النَّسَبِ .

فإذا أَعتقَ الرَّجلُ عبداً ثُمَّ ماتَ العبدُ ، فإِنْ كانَ لَه عَصبةٌ مِنَ النَّسبِ . . كانَ أَحقَّ بميراثِهِ . وإِنْ لَم يكنْ لَه عَصبةٌ . . وَرِثهُ المَولىٰ المُعتِقُ ؛ لقولِهِ ﷺ : « الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ » فشبَّهَ الوَلاءَ بالنَّسبِ ، والمشبَّهُ بالشيءِ أَضعفُ مِنَ المشبَّهِ بهِ ، كقولِهِ ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ ٱلرَّضاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ ٱلنَّسَبِ »[2] وتحريمُ النَّسبِ المشبَّهِ بهِ أَقوىٰ وآكدُ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : ولأَنَّ المسلِمينَ أَجمعوا علىٰ تقديمِ الإِرثِ بالنَّسبِ ، لا نعلَمُ بينهُم خلافاً في ذٰلكَ .

وإِنْ خلَّفَ المعتِقُ مَنْ لَه فرضٌ يَستغرقُ جميعَ تركتِهِ . . قُدِّموا علىٰ المَولىٰ ؛ لأَنَّهم إِذا قُدِّموا علىٰ العَصبةِ الذينَ يُقدَّمونَ علىٰ المَولىٰ . . فلأَنْ يُقَدَّموا علىٰ المَولىٰ أَولىٰ .

وإِنْ خلَّفَ مَنْ لهُ فرضٌ لا يَستغرقُ جميعَ التركةِ ، بأَنْ ماتَ وخلَّفَ ٱبنةً أَو أُختاً . . فإِنَّ صاحبَ الفرضِ يأخذُ فرضَهُ والباقي للمولىٰ ؛ لِما رويَ : (أَنَّ ٱبنةَ حَمْزَةَ أَعتقتْ

= لفظ : « المرأة تحرز ثلاثة مواريث » .

(١) في نسختين : (بها) .

(٢) طرف حديث أخرجه عن ابن عباس البخاري (٢٦٤٥) في الشهادات ، ومسلم (١٤٤٧) (١٣) في الرضاع بلفظه . وفي الباب :

أخرجه عن عائشة مالك في « الموطأ » (٢/ ٦٠٧) ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٩) ، والبخاري (٢٦٤٦) ، ومسلم (١٤٤٤) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٣١٣) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٦٨٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٧/ ١٥٩) . بلفظ : « إن الرضاعة يحرم منها ما يحرم من الولادة » و : « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » .

مملوكاً لَها فماتَ وخلَّفَ ٱبنتَهُ وٱبنةَ حَمْزَةَ ، فجعلَ النبيُّ ﷺ لابنتهِ النصفَ ، ولاِبنةِ حَمْزَةَ النصفَ)[1] .

فرعٌ : [ٱنتقال الولاء لعصبات المولىٰ] :

فإنْ ماتَ العبدُ المُعتَقُ وقد ماتَ مَولاهُ الذي أَعتقَهُ . . فإنَّ وَلاءَهُ يَنتقلُ إلىٰ عَصَبةِ مَولاهُ ، فيكونُ الميراثُ لَهم ؛ لأَنَّ المَولىٰ عَصَبةٌ ، فجازَ أَنْ تَرِثَ عَصَباتُهُ ، كالأَخِ لمّا كانَ عَصبَةً . . وَرِثَ عَصباتُهُ ، وهوَ ٱبنُ الأَخِ ، كذٰلكَ المَولىٰ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ الوَلاءَ يكونُ لعَصبةِ المَولىٰ دونَ سائرِ وَرثتهِ ؛ لأَنَّ الوَلاءَ يُورِثُ بهِ ولا يُورَثُ ؛ لقولهِ ﷺ : « الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ ، لا يُبَاعُ وَلا يُوْهَبُ ، وَلا يُوْرَثُ » .

فإذا ماتَ العبدُ المعتَقُ وخلَّفَ ٱبنَ مَولاهُ وٱبنةَ مَولاهُ ، أَو أَخا مَولاهُ وأُختَ مَولاهُ . . فإنَّ الميراثَ يكونُ لابنِ المَولىٰ دونَ ٱبنةِ المَولىٰ ، أَو لأَخِ المَولىٰ دونَ أُختِ المَولىٰ . وبهِ قالَ كافَّةُ أَهلِ العلمِ إلاَّ شُريحاً وطاووساً فإنَّهما قالا : لا ميراثَ[2] بينَ ٱبنِ المَولىٰ وٱبنةِ المَولىٰ ، أَو بينِ أَخِ المَولىٰ وأُختِ المَولىٰ .

دليلُنا : أَنَّ الإرثَ بالوَلاءِ إرثٌ بالتعصيبِ المجرَّدِ دونَ الرَّحمِ ، والتعصيبُ لابنِ المَولىٰ وأَخيهِ دونَ ٱبنتهِ وأُختهِ ، فإذا ٱجتمعَ معَ أُختهِ . . لَم يُعصِّبها ؛ لأَنَّ الذَّكرَ ـ الابنَ والأَخَ ـ إنَّما يُعصِّبُ أُختَهُ ما دامَ النَّسَبُ علىٰ قُربٍ ، فإذا بَعُدَ . . لَم يُعصِّبها ، ولأَنَّ

---

(١) أخرجه عن ابن عباس الدارقطني في « السنن » (٤/ ٨٣ ـ ٨٤) في الفرائض . وفي الباب : روىٰ عن عبد الله بن شداد بن الهاد ـ أن بنت حمزة أعتقت ـ النسائي في « الكبرىٰ » (٦٣٩٨) و (٦٣٩٩) ، وابن ماجه (٢٧٣٤) ، وسعيد بن منصور في « السنن » (١٧٣) و (١٧٤) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٧/ ٣٣٩ و ٣٤٠) في الفرائض .
قال في « تلخيص الحبير » (٣/ ٩٣) : وفي إسناده ابن أبي ليلىٰ القاضي أعلّه النسائي بالإرسال ، وصحح هو والدارقطني الطريق المرسلة ، وصرح الحاكم في « المستدرك » في هٰذا الحديث بأن اسمها أمامة .

(٢) في نسخة : (ميراثه) .

الابنَ والأخَ يُعصِّبُ أُختَهُ في النَّسبِ لقُربهِ ، وٱبنُ الأخِ والعمِّ وٱبنُ العمِّ لا يُعصِّبُ أُختَهُ لبُعدِهِ ، وٱبنةُ المَولىٰ وأُختُهُ أَبعدُ مِن ٱبنةِ الأَخِ وٱبنةِ العمِّ ، فلذٰلكَ لَم تَرِثْ[1] .

وإنِ ٱجتمعَ ٱبنُ مَولىً وٱبنُ ٱبنِ مَولىً . . فإنَّ الميراثَ لابنِ المَولىٰ دونَ ٱبنِ ٱبنِ المَولىٰ . وبهِ قالَ **أكثرُ أهلِ العلمِ** .

وقالَ شريحٌ وطاووسٌ : يكونُ المالُ بينهُما نصفينِ .

دليلُنا : ما رويَ عَنْ عُمَرَ وعثمانَ وعليٍّ وزيدِ بنِ ثابتٍ رضيَ اللهُ عنهُم : أَنَّهم قالوا : (الوَلاءُ لِلكُبْرِ)[2] . و(الكُبْرُ) الأقربُ .

ولأَنَّ الوَلاءَ يُستَحقُّ بالتعصيبِ ويستفادُ بهِ ، ثمَّ الابنُ يقدَّمُ علىٰ ٱبنِ الابنِ في الميراثِ بالنَّسبِ ، فكذٰلكَ في الميراثِ بالوَلاءِ .

فإنْ لَم يكنْ لَه ٱبنُ مَولىً . . فٱبنُ ٱبنِ المَولىٰ وإنْ سَفَلَ .

وإن ٱجتمعَ ٱبنُ مَولىً وأبو مَولىً . . فٱختلفَ الناسُ فيهِ علىٰ ثلاثةِ مذاهب :

فـ[**الأوَّلُ**] : **مذهبُنا** : أَنَّ الميراثَ كلَّه لابنِ المَولىٰ دونَ أَبي المَولىٰ . وبهِ قالَ مالكٌ وأَبو حنيفةَ .

و[**الثاني**] : ذهبَ النخعيُّ والشعبيُّ وأَبو يوسفَ وأَحمدُ وإِسحاقُ إِلىٰ : (أَنَّ لأَبي المَولىٰ السُّدسَ ، والباقيَ لِابنِ المَولىٰ) .

و[**الثالثُ**] : ذهبَ الثوريُّ إِلىٰ : أَنَّ المالَ بينهُما نصفينِ .

---

(١) في هامش نسخة : (النظر في منع النساء الإرث بالولاء لأجل عدم التعصيب ، وليس النظر فيه إلىٰ القرب والبعد) .

(٢) أخرج خبر عمر وعليّ وزيد عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٢٣٨) ، والدارمي في « السنن » (٢/ ٤٠٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٠٣) في الولاء ، باب : الولاء للكبر .
وأخرج خبر عثمان البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٠٣) ، وذكره في « كنز العمال » (٢٩٦٩٦) .
وفي نسخة زيادة : (ابن عمر) وقد ذكره عنه ابن قدامة في « المغني » (٦/ ٣٧٦) في الولاء .

دليلُنا : ما رويَ : (أَنَّ عليّاً والزبيرَ اُختصما إِلىٰ عُمَرَ رضيَ اللهُ عنهُم في مِثلِ هٰذهِ القضيةِ ، فحكمَ عُمَرُ أَنَّ الميراثَ لِابنِ المَولىٰ دونَ أَبي المَولىٰ) . ورويَ ذٰلكَ عَنْ زيدِ بنِ ثابتٍ[1] .

ولأَنَّ الوَلاءَ إِنَّما يُورَثُ بالتعصيبِ المَحْضِ ، بدليلِ : أَنَّ اُبنةَ المولىٰ وأُختَهُ لا يَرثانِ بالوَلاءِ ، ومعلومٌ أَنَّ الابنَ والأَبَ إِذا اُجتمعا . . سقطَ تَعصيبُ الأَبِ بتعصيبِ الابنِ ، وإِنَّما يبقىٰ لَه حقُّ الرَّحمِ ، والوَلاءُ لا يُورَثُ بهِ بالرَّحمِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّه إِذا بقيَ أَحدٌ مِنَ البنينَ وإِنْ سَفَلَ . . فإِنَّه مقدَّمٌ علىٰ الأَبِ ، كما قُلنا في الميراثِ بالنَّسبِ .

وإِنْ لَم يكنْ هناكَ أَحدٌ مِنْ بَني المَولىٰ وهناكَ أَبو المَولىٰ . . كانَ الوَلاءُ لَه ؛ لأَنَّه ليسَ هناكَ أَحدٌ مِنَ العصباتِ أَقربَ منهُ ؛ لأَنَّ باقيَ العصباتِ ـ غيرَ البنينَ ـ يُدلُونَ بالأَبِ ، فكانَ مقدَّماً عليهِم .

فإِنْ لَم يكنْ أَبو المَولىٰ . . نَظرتَ :

فإِنْ لَم يكنْ هناكَ أَحدٌ مِنْ إِخوةِ المَولىٰ ولا مِنْ بنيهِم ، وهناكَ جدُّ مولىً . . قُدِّمَ علىٰ عمِّ المَولىٰ ؛ لأَنَّه أَقربُ منهُ ؛ لأَنَّ العمَّ يُدلي بالجدِّ والمُدلىٰ بهِ أَقربُ ممَّنْ يُدلي بهِ ، ثمَّ أَبو جدِّ المَولىٰ ، ثمَّ جدّ جدِّ المَولىٰ . ويُقدَّمُ الجدُّ علىٰ أَعمامِ المَولىٰ وبنيهِم .

وإِنْ لَم يكنْ هناكَ جدُّ المَولىٰ ولا أَحدٌ مِنْ آبائهِ ، وهناكَ أَخو المَولىٰ لأَبيهِ وأُمِّهِ ، أَو لأَبيهِ . . فإِن الوَلاءَ لَه دونَ عمِّ المَولىٰ ؛ لأَنَّ الأَخَ أَقربُ مِنَ العمِّ ؛ لأَنَّه يُدلي بالأَبِ ، والعمُّ يُدلي بالجدِّ .

فإِنِ اُجتمعَ أَخو مَولىً لأَبٍ وأُمٍّ ، وأَخو مَولىً لأَبٍ . . **فالمشهورُ مِنَ المذهبِ** : أَنَّ أَخا المَولىٰ لأَبيهِ وأُمِّهِ مقدَّمٌ علىٰ أَخي المَولىٰ لأَبيهِ ، كما قُلنافي الميراثِ في النَّسبِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

---

(١) رویٰ خبر زيد من طريق سفيان بن أبي شيبة في « المصنف » (٧/ ٣٩٤) بلاغاً في الفرائض ، باب : رجل مات وترك ابنه وأباه .

أَحدُهما : هٰذا .

والثاني : أَنَّهما سواءٌ ؛ لأَنَّ الأُمَّ لا تَرِثُ بالوَلاءِ ، فلا يَرجُحُ بِها .

وإِنِ ٱجتمعَ أَخو مَولىً لأَبٍ وٱبنُ أَخي مَولىً لأَبٍ وأُمٍّ . . فأَخو المَولىٰ للأَبِ أَولىٰ ؛ لأَنَّه أَقربُ .

وإِنِ ٱجتمعَ ٱبنُ أَخي مولىً لأَبٍ وأُمٍّ وٱبنُ أَخي مولىً لأَبٍ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ أَخا المَولىٰ للأَبِ والأُمِّ مقدَّمٌ علىٰ أَخي المَولىٰ للأَبِ . . قُدِّمَ ٱبنُ أَخي المَولىٰ للأَبِ والأُمِّ علىٰ ٱبنِ أَخي المَولىٰ للأَبِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّ الأَخوينِ سواءٌ . . كانَ ٱبناهُما سواءً أَيضاً . وأَمَّا أَخو المَولىٰ لأُمِّهِ : فلا وَلاءَ لَه ؛ لأَنَّ الوَلاءَ يُستحَقُّ بالتعصيبِ ، ولا تعصيبَ لَه .

وإِنِ ٱجتمعَ جدُّ مَولىً وأَخو مولىً . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّهما سواءٌ . وبهِ قالَ الأَوزاعيُّ وأَبو يوسفَ ومحمَّدٌ وأَحمدُ وإِسحاقُ ؛ لأَنَّ هٰذا كميراثِ المالِ ، ثمَّ ثبتَ أَنَّهما في ميراثِ المالِ سواءٌ ، فكذٰلكَ في الميراثِ بالوَلاءِ .

والثاني : أَنَّ الأَخَ يقدَّمُ علىٰ الجدِّ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : **وهوَ المشهورُ مِنَ المذهبِ** ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ قالَ : (**القياسُ يقتضي** : أَنَّ الأَخَ أَولىٰ بالميراثِ مِنَ الجدِّ وتعصيبَهُ أَقوىٰ ؛ لأَنَّه ٱبنُ أَبي الميتِ والجدُّ أَبو أَبي الميتِ ، وتعصيبُ البنوَّةِ أَقوىٰ مِنْ تعصيبِ الأُبوَّةِ) غيرَ أَنَّ الصحابةَ أَجمعتْ في الميراثِ بالنَّسَبِ علىٰ أَنَّ الأَخَ لا يُقدَّمُ ، بلْ منهُم مَنْ قالَ : الجدُّ أَولىٰ . ومنهُم مَنْ جعلَهُما سواءً[1] ، فتركنا القياسَ لهٰذا الإِجماعِ .

وأَمَّا الوَلاءُ : فلا إِجماعَ فيهِ عَنِ الصحابةِ ، فٱستعملنا القياسَ فيهِ ، فإِذا قُلنا : إِنَّهما سواءٌ فٱجتمعَ جدٌّ وإِخوةٌ . . قاسموهُ علىٰ عَددِ رُؤوسِهِم[2] .

---

(١) في (م) : (جعله بينهما) .

(٢) وفي هامش نسخة : (قال ابن اللّبان : القياس عندي أن يعاد به كالإرث بالنسب ، ولا فرق بينهما . « الشامل ») .

وإنِ ٱجتمعَ جدُّ مَولىً ، وأَخو مَولىً لأَبٍ وأُمٍّ ، وأَخو مولىً لأَبٍ ، وقُلنا : إِنَّ الأَخَ للأَبِ والأُمِّ ، يُقدَّمُ علىٰ الأخِ للأَبِ إِذا ٱجتمعا . . فإِنَّ المالَ يكونُ بينَ جدِّ المَولىٰ وأَخي المَولىٰ لأَبيهِ وأُمِّهِ ، ولا يُعادُ الجدُّ بالأَخِ لِلأَبِ .

وقالَ أَبو العبَّاسِ ابنُ سريجٍ : فيهِ نظرٌ .

وإنِ ٱجتمعَ جدُّ مولىً وٱبنُ أَخي مولىً ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ جدَّ المَولىٰ وأَخا المَولىٰ يَقتسِمانِ المالَ . . قُدِّمَ جدُّ المَولىٰ علىٰ ٱبنِ أَخي المَولىٰ ؛ لأَنَّه أَقربُ منهُ . وإِنْ قُلنا : إِنَّ أَخا المَولىٰ يُقدَّمُ علىٰ جدِّ المَولىٰ . . قُدِّمَ ٱبنُ أَخي المَولىٰ علىٰ جدِّ المَولىٰ .

وإنِ ٱجتمعَ جدُّ مولىً وعمُّ مولىً . . قُدِّمَ الجدُّ قولاً واحداً ؛ لأَنَّ العمَّ يُدلي بالجدِّ ، فكانَ أَقربَ منهُ .

فإِنْ ٱجتمعَ جدُّ أَبي مولىً وعمُّ مولىً . . فعلىٰ القولينِ في الجدِّ والأَخِ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ أَخا المَولىٰ أَولىٰ مِنْ جدِّ المَولىٰ . . قُدِّمَ عمُّ المَولىٰ وبَنُوهُ علىٰ جدِّ أَبي المَولىٰ . وإِنْ قُلنا : إِنَّ جدَّ المَولىٰ وأَخا المَولىٰ سواءٌ . . كانَ جدُّ أَبي المَولىٰ وعمُّ المَولىٰ سواءً .

فإِنْ لَم يكنْ هناكَ أَحدٌ مِنْ إِخوةِ المَولىٰ ولا مِنْ أَجدادِ المَولىٰ ، وهناكَ أَحدٌ مِنْ أَعمامِ المَولىٰ . . كانَ الوَلاءُ لَه ، ثمَّ ينتقلُ إِلىٰ بني أَعمامِ المَولىٰ ، الأَقربُ فالأَقربُ .

فإِنْ لَم يكنْ هناكَ مَولىً ولا عصبةُ مولىً ، وهناكَ مَولىٰ مولىً . . كانَ الوَلاءُ لَه ، ذكراً كانَ أَو أُنثىٰ ؛ لأَنَّ النعمةَ متَّصِلةٌ بهِ ؛ لأَنَّه : لولا النِّعمةُ علىٰ الأَوَّلِ بالعتقِ . . لَم يَحصلْ منهُ النعمةُ علىٰ غيرِهِ .

فإِنْ كانَ مَولىٰ المَولىٰ قد ماتَ . . كانَ الوَلاءُ لِعَصبةِ مَولىٰ المَولىٰ ، يقدَّمُ الأَقربُ فالأَقربُ منهُم ، كما قُلنا في عَصبةِ المَولىٰ .

فإِنْ لَم يكنْ لِلميتِ مَولىٰ مَولىً ولا عَصبةُ مولىٰ مولىً ، ولكنْ كانَ هناكَ مَولىً لمَولىٰ المَولىٰ . . كانَ الوَلاءُ لَه ؛ لمَا ذكرناهُ في مَولىٰ المَولىٰ ، ثمَّ يَنتقلُ الوَلاءُ بعدَ موتِ مَولىٰ مَولىٰ المَولىٰ إِلىٰ عَصبتهِ ، الأَقربِ فالأَقربِ .

وإِنْ لَم يكنْ للميتِ عَصبةٌ ولا لَه مَولىً باشرَ عتقَهُ ، ولٰكنْ هناكَ مَولىً لعَصبةِ هٰذا الميتِ . . نَظرتَ :

فإنْ كانَ مَولىً لِمَنْ هوَ في درجَتهِ مِنْ عَصبتهِ كمولىٰ أَخيهِ ، أَو مولىً مَنْ هوَ أَسفلُ منهُ كمَولىٰ ٱبنهِ أَوِ ٱبنِ ٱبنهِ . . لَم يَرثِ المَولىٰ هٰذا الميتَ .

وإنْ كانَ مَولىٰ أَبيهِ أَو مَولىٰ جدِّهِ . . وَرِثَهُ ؛ لأَنَّ المنعِمَ علىٰ أَبيهِ وجدِّهِ منعمٌ عليهِ ، وليسَ مَنْ أَنعمَ علىٰ أَخيهِ أَوِ ٱبنهِ منعِماً عليهِ .

وهٰكذا : إنْ لَم يكنْ لِلميتِ عَصبةٌ ، ولا مَولىٰ عصبةٍ[1] ، ولا مَولىٰ مَولىٰ ، ولٰكنْ خلَّفَ مَولىً لعَصبةِ مَولىً ، أَو مَولىٰ عصبةِ مَولىٰ مَولىً ، فإنْ كانَ ذٰلكَ العَصبةُ الذي لَه المَولىٰ أَباً أَو جدّاً لِمَولاهُ . . وَرِثَ ذٰلكَ المَولىٰ ، وإنْ كانَ ذٰلكَ العَصبةُ ٱبنَهُ أَو ٱبنَ ٱبنهِ أَو أَخاهُ . . لَم يَرثْ ذٰلكَ المَولىٰ ؛ لِما ذكرناهُ مِنَ الفَرْقِ .

فإنْ أَعتقَ رجلٌ عبداً ، أَو أَعتقَ آخَرُ أَباهُ وأَعتقَ آخَرُ جدَّهُ ، ثمَّ ماتَ المعتَقُ الأَسفلُ . . وَرِثَهُ عَصبتُهُ مِنْ مناسبيهِ ، فإنْ لَم يكنْ لَه عَصبةٌ . . فميراثُهُ لِمولاهُ الذي أَعتقَهُ ، ثمَّ لِعَصبةِ مَولاهُ ، ثمَّ لِمَولىٰ مَولاهُ ، ثمَّ لعَصبةِ مَولىٰ مَولاهُ ، فإنِ ٱنقرضوا . . قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : فإنَّ مالَهُ يَنتقلُ إلىٰ بيتِ المالِ ، ولا يَنتقلُ إلىٰ مولىٰ أَبيهِ ولا إلىٰ مَولىٰ جدِّهِ ؛ لأَنَّه إذا كانَ عليهِ وَلاءٌ لِمعتِقٍ باشرَ عتقَهُ . . لَم يثبتْ عليهِ وَلاءٌ لِمَوالي أَبيهِ ولا لِمَوالي جدِّهِ ، وإنَّما يثبتُ عليهِ الوَلاءُ لِمَوالي أَبيهِ . . إذا لَم يكنْ عليهِ وَلاءٌ في نفْسِهِ لِمَنْ باشرَ عتقَهُ .

فرعٌ : [الولاء ينقسم علىٰ العصبات] :

قد ذَكرنا أَنَّ الوَلاءَ لِلكُبْرِ مِنَ العَصبةِ[2] ، وهوَ الأَقربُ .

قالَ أَبو العبَّاسِ : فإنْ أَعتقَ رَجلٌ عبداً ، ثمَّ ماتَ السيِّدُ وخلَّفَ ثلاثَة بنينَ ، ثمَّ ماتَ أَحدُ البنينَ الثلاثةِ وخلَّفَ ٱبناً ، ثمَّ ماتَ الثاني وخلَّفَ أَربعةَ بنينَ ، وماتَ الثالثُ وخلَّفَ خمسةَ بنينَ ، ثمَّ ماتَ العبدُ المعتَقُ ولا مناسِبَ لَه . . كانَ مالُهُ بينَ العشرةِ ، لكلِّ واحدٍ العُشْرُ منهُ .

---

(١) في نسختين : (ولا عصبة مولىٰ) .
(٢) في (م) : (العصبات) .

ولَو ظهرَ لِجَدِّهِم مالٌ لَم يَقتسِمْهُ أَولادُهُ الثلاثةُ . . كانَ للذي هوَ ٱبنٌ وَحدَهُ : الثُّلثُ ، ولِلأَربعةِ : الثُّلثُ ، ولِلخمسةِ : الثُّلثُ .

والفرقُ بينهُما : أَنَّهم يَتلقَّونَ الإِرثَ بالوَلاءِ عَنْ جَدِّهِم وهُم متساوونَ في الإِدلاءِ إِليهِ ، ويَتلقَّونَ الإِرثَ بالنَّسبِ عَنْ آبائِهم ، وقد كانَ كلُّ واحدٍ مِنَ الثلاثةِ الأَولادِ مَلَكَ ثُلثَ مالِ المعتَقِ ، فٱنتقلَ ما مَلكَهُ كلُّ واحدٍ منهُم إِلىٰ أَولادِهِ .

فرعٌ : [يمنع الأسفل الأعلىٰ] :

المَولىٰ مِنْ أَسفلَ لا يرثُ المَولىٰ مِنْ أَعلىٰ . **وبهِ قالَ كافَّةُ أَهلِ العلمِ** .

ورويَ عَنْ طاووسٍ وشريحٍ : أَنَّهما قالا : إِذا لَم يكنْ لِلميتِ عَصبةٌ ولا مَولىً مِنْ أَعلىٰ ولا عصبةُ مَولىً . . وَرِثَهُ المَولىٰ مِنْ أَسفل .

دليلُنا : قولُه ﷺ : « الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » فجعلَ الوَلاءَ لِلمُنعمِ لا لِلمُنعَمِ عليهِ .

مسأَلةٌ : [الولاء لمولىٰ الأم المعتقة] :

إِذا تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بمعتَقةٍ لآخَرَ فأَولدَ مِنْها ولداً . . فإِنَّ الولدَ ينعقدُ حرّاً تبعاً لحرِّيَّةِ أُمِّهِ ، ويكونُ وَلاءُ هٰذا الولدِ لمَولىٰ أُمِّهِ ما دامَ الأَبُ مملوكاً ؛ لأَنَّه إِنَّما صارَ حرّاً لحرِّيَّةِ أُمِّهِ وقد عتقتْ بإِعتاقِ سيِّدِها لَها ، فكانَ إِنعامُهُ عليهاإِنعاماً منهُ علىٰ وَلدِها .

فإِنْ أُعتِقَ الأَبُ والولدُ حيٌّ . . فإِنَّ وَلاءَ الولدِ يَنجرُّ عَنْ مَولىٰ أُمِّهِ إِلىٰ مَولىٰ أَبيهِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : وقولُ السَّلَفِ في هٰذا : (يَنجرُّ الوَلاءُ) مَجازٌ ؛ لأَنَّ الوَلاءَ لا يَنجرُّ ، وإِنَّما يَبطلُ الوَلاءُ الذي عليهِ لمَولىٰ الأُمِّ ، ويثبتُ عليهِ الوَلاءُ لمَولىٰ الأَبِ بإِعتاقِهِ الأَبَ .

وبهٰذا قالَ عُمَرُ وعثمانُ وعليٌّ وٱبنُ مسعودٍ وٱبنُ الزبيرِ ، ومِنَ الفقهاءِ : الأَوزاعيُّ ومالكٌ وأَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ والثوريُّ وأَحمدُ وإِسحاقُ .

وذهبَ عِكرمةُ ومجاهدٌ والزهريُّ : إِلىٰ أَنَّ الوَلاءَ لا يَنجرُّ عَنْ مَولىٰ الأُمِّ بحالٍ .

والدليلُ علىٰ ما قُلناهُ : إِجماعُ الصحابةِ رضيَ اللهُ عنهُم .

فروِيَ عَنْ عُمَرَ وعليٍّ رضيَ اللهُ عنهُما : أَنَّهما قالا : (يَجُرُّ الأَبُ ولاءَ وَلدِهِ إِلىٰ مولىٰ نفْسِهِ)[(١)] .

وروىٰ عبدُ الرحمنِ بنُ حاطبٍ : (أَنَّ الزُّبَيْرَ قَدِمَ خَيبرَ فرأَىٰ فتيةً لُعْساً ، فأَعجبَهُ ظُرْفُهُمْ وجَمَالُهُم ، فسأَلَ عنهُم ، فقيلَ لَه : إِنَّهم مَوالٍ لرافعِ بنِ خديجٍ ، وأَبوهم مملوكٌ لفلانٍ ، فمضىٰ وٱشترىٰ أَباهُم وأَعتقَهُ ، ثمَّ قالَ لَهم : ٱنتسِبوا إِليَّ فإِنِّي مولاكُم ، فقالَ رافعُ بنُ خديجٍ : هُم مواليَّ ؛ لأَنَّهم بعتقِ أُمِّهم عتقوا ، فٱختصما إِلىٰ عثمانَ بنِ عفانَ رضيَ اللهُ عنهُ ، فقضىٰ بوَلائِهم لِلزُّبَيْرِ ، ولَم يُخالفْهُ أَحدٌ)[(٢)] .

والظاهرُ : أَنَّ هٰذا ٱنتشرَ في الصحابةِ ولَم يُنكرْهُ أَحدٌ ، ولا أَظهرَ رافعُ بنُ خديجٍ الخلافَ في ذٰلكَ ، بلْ سكتَ ، فدَلَّ علىٰ أَنَّه رجعَ ، وأَنَّهُ إِجماعٌ .

ولأَنَّ الولدَ إِنَّما يتبعُ الأُمَّ في الوَلاءِ ما دامَ الأَبُ مملوكاً ؛ لأَنَّه ليسَ مِنْ أَهلِ الولايةِ والوَلاءِ لكونهِ رقيقاً ، فصارَ كالولدِ الذي يأتي بهِ مِنَ الزِّنا .

فإِذا أُعتِقَ الأَبُ . . تَبِعَ الولدُ الأَبَ ؛ لأَنَّ الولدَ يَتبعُ الوالدَ في النَّسبِ دونَ الأُمِّ ، بدليلِ : أَنَّ ولدَ الهاشميِّ مِنَ العامِّيَّةِ هاشميٌّ ، ووَلدَ العامِّيِّ مِنَ الهاشميَّةِ عامِّيٌّ .

فإِنْ ماتَ الولدُ قَبْلَ أَنْ يعتقَ الأَبُ ، فإِنْ كانَ لَه وَرَثةٌ مِنْ جهةِ النَّسَبِ . . وَرِثُوهُ ، وإِنْ لَم يكنْ لَه وَرَثةٌ مِنْ جهةِ النَّسَبِ . . وَرِثَهُ مَولىٰ أُمِّهِ . فإِنْ أُعتِقَ الأَبُ بعدَ ذٰلكَ . . لَم

---

(١) أخرجه عن عمر عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٢٧٦) و(١٦٢٧٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٠٦) في الولاء .
وعن علي عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٢٨٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٠٧) في الولاء .

(٢) أخرج خبر عبد الرحمن بن حاطب البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٣٠٧) في الولاء . وعن محمد بن إبراهيم التيمي عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٢٨١) و (١٦٢٨٤) ، وانظر ما بينهما .
لعساً : أي سوداً ، واللعس : لون الشفة إذا كانت تضرب إلىٰ السواد قليلاً .
قال البيهقي : هٰذا هو المشهور عن عثمان رضي الله عنه ، وروي عن الزهري عن عثمان منقطعاً بخلافه .

يَجُرَّ وَلاءَ الولدِ الميتِ ؛ لأنَّ مولىٰ الأمِّ قد مَلكَ ذٰلكَ المالَ ، فلا يَنتقلُ عنهُ ؛ لأنَّ الأبَ إنَّما يتبعُهُ الأحياءُ مِنْ وَلدِهِ دونَ الأمواتِ .

فرعٌ : [تزوج معتقٌ معتقةً لآخر] :

فإنْ تزوَّجَ معتَقٌ لرجلٍ بمعتَقةٍ لرجلٍ آخرَ فأولدَها وَلداً . . فإنَّ الولدَ ينعقدُ حرّاً وولاؤُهُ لمَولىٰ أبيهِ ؛ لِما ذكرناهُ في المسألةِ قبْلَها .

فإنْ نفىٰ الأبُ نَسَبَ هٰذا الولدِ باللِّعانِ . . صارَ وَلاؤُهُ لِمولىٰ أُمِّهِ ؛ لأنَّه إنَّما يتبعُ الأبَ إذا كانَ مخلوقاً مِنْ مائِهِ ، وباللِّعانِ أثبتَ أنَّه ليسَ بمخلوقٍ مِنْ مائهِ ، فإنْ أكذبَ الأبُ نفسَهُ بعدَ ذٰلكَ . . تبعَهُ الولدُ ، وكانَ وَلاؤُهُ لمَولىٰ أبيهِ ؛ لأنَّه إذا أكذبَ نفسَهُ . . تبعَهُ[1] الولدُ ، فصارَ كما لَو لَم يُلاعِنْ .

وإنْ تزوَّجَ معتَقٌ لرجلٍ بمعتَقةٍ لآخَرَ ، فأولدَها ولدينِ ، فنفاهُما الأبُ باللِّعانِ ، ثمَّ قتلَ أَحدُ الابنينِ أخاهُ الآخَرَ ولا عَصَبةَ لِلمقتولِ . . كانَ لأُمِّهِ الثُّلثُ ، وما بقيَ من مالهِ لمولىٰ أمِّهِ . فإنْ أكذبَ الأبُ نفْسَهُ بعدَ ذٰلكَ . . قُبِلَ قولُهُ ، ولحقَهُ النَّسَبُ ، واسترجَعَ ما أخذَهُ مَولىٰ الأُمِّ مِنْ تركةِ المقتولِ ؛ لأنَّ نَسَبَ المقتولِ لَحِقَهُ بإكذابهِ نفْسَهُ .

فإنْ قيلَ : لا يُقبَلُ رُجوعُهُ في استحقاقهِ لِلمالِ ؛ لأنَّه متَّهمٌ . . قُلنا : لمّا قُبِلَ قولُهُ في ثبوتِ النَّسَبِ منهُ . . استحقَّ المالَ ، كما لَو أكذبَ نفْسَهُ وكانَ فقيراً محتاجاً ، فإنَّه يلحَقُهُ نَسَبُ الولدِ ، ويجبُ علىٰ الابنِ[2] نفقتُهُ ، ولا يقالُ : لا يُقبَلُ قولُهُ في استحقاقهِ النفقةَ لأنَّه متَّهمٌ .

فرعٌ : [تزوج بمعتقة لآخر فأولدها ففُقد ثم عتق] :

وإنْ تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بمعتَقةٍ لآخَرَ فأولدَها وَلداً ، ثمَّ فُقِدَ الأبُ[3] ، ثمَّ أَعتقَهُ السيِّدُ . . ففيهِ وجهانِ خرَّجَهُما ابنُ اللَّبّانِ :

---

(١) في (م) : (بيع) .
(٢) في نسخة : (الأم) .
(٣) في (م) : (العبد) .

أَحدُهما : أَنَّه لا يَجرُّ وَلاءَ وَلدِهِ إِلىٰ مَولىٰ نفْسِهِ ؛ لأَنَّا لا نَعلَمُ أَنَّ العتقَ لَحِقَهُ .

والثاني : أَنَّ وَلاءَ الولدِ يكونُ موقوفاً ، فإِنْ بانَ أَنَّ الأَبَ كانَ حيّاً يومَ أُعتِقَ . . جَرَّ وَلاءَ وَلدِهِ . وإِنْ بانَ أَنَّه كانَ ميتاً ، أَو مضتْ مدَّةٌ لا يَعيشُ مِثلُهُ إِليها قَبْلَ العتقِ . . ثبتَ وَلاءُ الولدِ لمَولىٰ أُمِّهِ ؛ لأَنَّا قدْ حَكمنا بموتِ الأَبِ قَبْلَ العتقِ .

فرعٌ : [تزوج عتيقة لآخر وأبوه مملوك] :

وإِنْ تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بمعتَقةٍ لآخَرَ فأَولدَها وَلداً ، ولهٰذا الزوجِ أَبٌ مملوكٌ . . فإِنَّ الولدَ حرٌّ تبعاً لأُمِّهِ ، ووَلاؤُهُ لمَولىٰ أُمِّهِ . فإِنْ أُعتِقَ أَبو الزوجِ ـ وهوَ جدُّ هٰذا الولدِ ـ فهلْ يَجرُّ وَلاءَ وَلدِ وَلدِهِ ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ والشيخُ أَبو إِسحاقَ : فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها ـ وهوَ ٱختيارُ القاضيينِ : أَبي حامدٍ ، وأَبي الطيِّبِ ـ : أَنَّه يَجرُّ وَلاءَ وَلدِ وَلدِهِ ما دامَ الأَبُ مملوكاً ، سواءٌ كانَ الأَبُ حيّاً أَو ميتاً ؛ لأَنَّه يُنسَبُ إِليهِ كما يُنسَبُ إِلىٰ الأَبِ ، فَجرَّ وَلاءَهُ كالأَبِ .

فإِذا قُلنا بهٰذا : فأُعتِقَ الأَبُ بعدَ ذٰلكَ . . جُرَّ وَلاءُ الولدِ عَنْ مَولىٰ الجدِّ إِلىٰ مَولىٰ الأَبِ ؛ لأَنَّه أَقوىٰ مِنَ الجدِّ في نَسَبِ الولدِ وأَحكامِهِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي عليٍّ بنِ أَبي هريرةَ ، وأَبي عليٍّ الطبريِّ ـ : أَنَّ الجدَّ لا يَجُرُّ وَلاءَ ولدِ وَلدِهِ ، سواءٌ كانَ الأَبُ حيّاً أَو ميتاً ؛ لأَنَّه يُدلي إِليهِ بواسطةٍ ، فلا يَجُرُّ وَلاءَهُ ، كالأَخِ والعمِّ .

والثالثُ ـ وهوَ ٱختيارُ ٱبنِ اللَّبّانِ ـ : إِنْ كانَ الأَبُ حيّاً . . لَم يَجُرَّ الجدُّ وَلاءَ وَلدِ وَلدِهِ . وإِنْ كانَ الأَبُ ميتاً . . جَرَّ الجدُّ وَلاءَ وَلدِ وَلدِهِ ؛ لأَنَّه إِذا كانَ الأَبُ ميْتاً . . ٱستقرَّ جَرُّ الجدِّ ، وإِذا كانَ حيّاً . . لَم يَستقرَّ جرُّ الجدِّ ، ولا يجوزُ أَنْ يَنجرَّ الولاءُ إِلىٰ مَنْ لا يَستقرُّ لَه عليهِ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : إِنْ كانَ الأَبُ ميتاً . . جَرَّ الجدُّ وَلاءَ وَلدِ وَلدِهِ وَجهاً واحداً . وإِنْ كانَ الأَبُ حيّاً مملوكاً . . فهلْ يَجرُّ الجدُّ ولاءَ وَلدِ وَلدِهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ مالكٍ ـ : (أَنَّه يَجرُّ) .

والثاني ـ وهو قولُ أَبي حنيفةَ ، **وهوَ الأَشبهُ** ـ : (أَنَّه لا يَجرُّ) . ووَجهُهما ما ذَكرناهُ.

وقالَ القفَّالُ : إنْ كانَ الأَبُ حيّاً . . فإنَّ الجدَّ لا يَجرُّ وَلاءَ وَلدِ وَلدِهِ وَجهاً واحداً . وإنْ كانَ الأَبُ ميتاً . . فهلْ يَجرُّ الجدُّ وَلاءَ وَلدِ وَلدِهِ ؟ فيهِ وجهانِ .

مسأَلةٌ : [تزوج بأمة لآخر فأولدها] :

إذا تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بأَمَةٍ لآخَرَ فأَولدَها وَلداً . . فإنَّ الولدَ يكونُ مملوكاً لِمالكِ الأُمِّ ، فإنْ أَعتقَ مَولىٰ الأَمةِ هٰذهِ الأَمةَ ووَلدَها . . ثبتَ لَه عليهِما الوَلاءُ .

فإنْ أَعتقَ مولىٰ العبدِ عبدَهُ بعدَ ذٰلكَ . . لَم يَجُرَّ ولاءَ وَلدِهِ إلىٰ مَولاهُ ؛ لأَنَّ الأَبَ إنَّما يَجُرُّ وَلاءَ وَلدِهِ إلىٰ سيِّدِ نفْسِهِ إذا لَم يكنْ قد مسَّ الولدَ الرقُّ بلْ خُلِقَ حرّاً ، وهاهُنا قد مسَّه الرقُّ وأَنعمَ عليهِ بالعتقِ مولاهُ الذي باشرَ عتقَهُ ، فكانَ مولاهُ الذي أَنعمَ عليهِ أَحقَّ بوَلائِهِ ممَّنْ أَنعمَ علىٰ أَبيهِ .

فرعٌ : [تزوج عبد بأمة آخر فعتقت] :

وإنْ تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بأَمَةٍ لآخَرَ ، فأَعتقَ مولىٰ الأَمةِ أَمتَهُ ولَم تَختَرْ فِراقَ الزوجِ ، ثمَّ أَعتقَ مولىٰ العبدِ عبدَهُ ، ثمَّ أَتتِ الجاريةُ بوَلدٍ . . فإنَّه يكونُ حرّاً ؛ لأَنَّه إنْ كانَ موجوداً وَقتَ العتقِ . . فقد نالَهُ العِتقُ ، وإنْ حدَثَ بعدَ العتقِ . . فهوَ وَلدُ حرَّةٍ ، فكانَ حرّاً . ولمَنْ يكونُ وَلاؤُهُ ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ وَلدتْهُ لِدُونِ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ يوم أُعتِقَتِ الأُمُّ . . كانَ وَلاؤُهُ لمَولىٰ أُمِّهِ ؛ لأَنَّا نعلَمُ أَنَّه كانَ موجوداً وَقتَ العتقِ ، وقد نالَهُ العتقُ مِنْ مولىٰ أُمِّهِ ، فهوَ كما لَو أَعتقَهُ مولىٰ الأُمِّ بعدَ الانفصالِ .

فإنْ وَلدتْهُ لستَّةِ أَشهرٍ فصاعداً مِنْ يومِ عتقِ الأُمِّ وكانَ الزوجُ غيرَ ممنوعٍ مِنْ وَطئِها . . فوَلاؤُهُ لمَولىٰ أَبيهِ ؛ لأَنَّا لا نعلَمُ أَنَّه كانَ موجوداً يومَ أُعتِقَتِ الأَمَةُ ، ويجوزُ أَنْ يكونَ العبدُ حدثَ بعدَ ذٰلكَ .

وإنِ ٱختارتْ فِراقَهُ ساعةَ أُعتِقَتْ ، أو أَبانَها زوجُها ، ثمَّ أعتقَها سيِّدُها ، ثمَّ أُعتِقَ الأَبُ ، ثمَّ أَتتْ بوَلدٍ . . فإنَّ الولدَ يكونُ حرّاً ؛ لأنَّه إمَّا أنْ يكونَ موجوداً وَقتَ العتقِ فعتقَ بالمباشرةِ ، أو حدثَ بعدَ العتقِ مِنْ حُرَّةٍ فكانَ حرّاً .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنَّ وَلاءَهُ يكونُ لمَولىٰ أُمِّهِ دونَ موالي أَبيهِ ؛ لأنَّها إنْ أتتْ بهِ لأربعِ سنينَ فمَا دونَها مِنْ وَقتِ البينونةِ . . فإنَّا نُلحِقُهُ بالزوجِ ويُحكَمُ بوجودهِ وَقتَ العتقِ ، وإنْ أتتْ بهِ لأكثرَ مِنْ أربعِ سنينَ مِنْ وَقتِ البينونةِ . . فإنَّا لا نُلحقُهُ بالزوجِ . وإذا لَم يكنِ ٱبناً لَه . . لَم يُجرَّ وَلاؤُهُ إلىٰ مَواليهِ .

فرعٌ : [تزوج بمعتقة لآخر فأولدها ثم عتق] :

إذا تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بمعتَقةٍ لآخَرَ فأَولدَها وَلداً ثمَّ أُعتِقَ الأَبُ . . فقد ذَكرنا أنَّ وَلاءَ الولدِ يكونُ لمَولىٰ أَبيهِ ، ثمَّ لعَصبةِ المَولىٰ . فإنْ عُدِمَ مَولىٰ الأَبِ ومَنْ يَرثُ بسببهِ مِنَ العصباتِ والمَوالي . . فإنَّ مالَ الميتِ يَنتقلُ إلىٰ بيتِ المالِ ولا يَنتقلُ إلىٰ مَولىٰ أُمِّهِ .

وحُكيَ عَنِ ٱبنِ عبَّاسٍ : أنَّه قالَ : (يكونُ ذٰلكَ لمَولىٰ أُمِّهِ) .

دليلُنا : هوَ أنَّه لا خلافَ إذا كانَ هناكَ عَصبةٌ لِلميتِ مناسبينَ أو عصبةٌ لمَوالي أَبيهِ . . لَم يَرثْ مَولىٰ الأُمِّ شيئاً . فإذا لَم يكنْ لَه عَصبةٌ مناسِبونَ ولا مَولىً ولا عَصبةُ مَولىً . . فالمسلِمونَ عَصبتُهُ وعَصبةُ مواليهِ ، فكانوا أَحقَّ بميراثهِ مِنْ مَولىٰ الأُمِّ .

مسألةٌ : [تزوج من لا ولاء له بمعتقة] :

وإذا تزوَّجَ حرٌّ لا وَلاءَ عليهِ بمعتَقةٍ لِقومٍ وأَولدَها وَلداً . . فإنَّ الولدَ حرٌّ لا وَلاءَ عليهِ لأَحدٍ ، سواءٌ كانَ الأَبُ عربيَّ الأَصلِ . أَو أَعجميَّ الأَصلِ وبهِ قالَ أَبو يوسفَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إنْ كانَ الأَبُ عربيَّ الأَصلِ . . فلا وَلاءَ علىٰ الولدِ ، وإنْ كانَ أَعجميَّ الأَصلِ . . ثبتَ الوَلاءُ علىٰ الولدِ لمَولىٰ أُمِّهِ) .

دليلُنا : أَنَّ ٱستدامةَ الشيءِ آكدُ مِنِ ٱبتدائِهِ ، بدليلِ : أَنَّ الردَّةَ والعِدَّةَ ينافيانِ ٱبتداءَ النكاحِ لِضعفهِ ، ولا ينافيانِ ٱستدامتَهُ لِقوَّتهِ ، ثمَّ ثبتَ أَنَّ ٱبتداءَ حرِّيَّةِ الأَبِ تُسْقِطُ الوَلاءَ

الثابتَ لمَولىٰ الأُمِّ . . فكانتِ ٱستدامةُ حرِّيَّتهِ أَولىٰ بأَنْ تمنعَ الوَلاءَ لمَولىٰ الأُمِّ .

وإِنْ تزوَّجَ رجُلٌ مجهولُ النَّسَبِ ، إِلاَّ أَنَّه محكومٌ بحرِّيَّتهِ في الظاهرِ بمعتَقةٍ لرجلٍ فأَولدَها ولداً ، فهلْ يكونُ علىٰ هٰذا الولدِ وَلاءٌ لمَولىٰ أُمِّهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

قالَ أَبو العبَّاسِ ابنُ سريجٍ : لا وَلاءَ عليهِ كالعربيِّ المعروفِ النَّسَبِ .

وقالَ ٱبنُ اللَّبّانِ : ثبتَ عليهِ الوَلاءُ لِمَولىٰ أُمِّهِ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ قالَ : (أَرأَيتُمُ المَولاةَ المعتَقةَ تلدُ مِنْ مملوكٍ أَو ممَّنْ لا يُعرَفُ ، أَليسَ يكونُ وَلاءُ وَلدِها تبعاً لِولائِها ؟) .

ولَو أَنَّ حرّاً حربيّاً معروفَ النَّسَبِ كانَ تحتَهُ حرَّةٌ مُعتَقهِ فأَولدَها وَلداً . . فلا وَلاءَ علىٰ هٰذا الولدِ لِمَولىٰ أُمِّهِ ؛ لأَنَّ أَباهُ حرٌّ لا وَلاءَ عليهِ في الحالِ ، وإِنْ كانَ يجوزُ أَنْ يُستَرَقَّ ويُعتَقَ . . فيثبتُ عليهِ الوَلاءُ ، إِلاَّ أَنَّه في الحالِ معروفُ النَّسَبِ لا وَلاءَ عليهِ ، وكما يجوزُ أَنْ يُسترقَّ . . يجوزُ أَنْ يموتَ علىٰ كُفرِهِ قَبْلَ الاسترقاقِ ، ويجوزُ أَنْ يُسلِمَ فتستقرَّ حرِّيَّتُهُ .

فرعٌ : [تزوج بحرة فأتت بولد فلا ولاء عليه] :

وإِنْ تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بحُرَّةِ الأَصلِ فأَتتْ منهُ بولدٍ . . فالولدُ حرٌّ لا وَلاءَ عليهِ .

فإِنْ عتقَ الأَبُ بعدَ ذٰلكَ : قالَ البندنيجيُّ : فإِنَّ مُعتِقَ الأَبِ يكونُ لهٰذا الولدِ مولىٰ عَصبةٍ ، فيرثُهُ عندَ عدمِ وَرثتِهِ مِنَ النَّسَبِ .

وإِنْ تزوَّجَ مَولىٰ قومٍ بحُرَّةِ الأَصلِ فأَتتْ منهُ بولدٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يثبتُ علىٰ الولدِ الوَلاءُ لمَولىٰ أَبيهِ ؛ لأَنَّ أَحدَ أَبويهِ حرُّ الأَصلِ ، فلَم يَثبتْ عليهِ الوَلاءُ ، كما لَو كانَ الأَبُ حرَّ الأَصلِ والأُمُّ معتَقةً .

والثاني : أَنَّ عليهِ الوَلاءَ لمَولىٰ أَبيهِ ، **وهوَ المنصوصُ** في « البويطيِّ » ؛ لأَنَّ الولدَ يتبعُ الأَبَ في النَّسَبِ دونَ الأُمِّ ، كما لَو تزوَّجَ العامِّيُّ بهاشميَّةٍ . . فإِنَّ الولدَ عامِّيٌّ تبعاً لأَبيهِ ، فكذٰلكَ هٰذا مِثلُهُ .

فإِنْ تزوَّجَ عبدٌ بحُرَّةٍ معتَقةٍ وحُرَّةٍ أَصليَّةٍ ، فأَولدَ مِنَ الحُرَّةِ المعتَقةِ وَلداً ، ثمَّ ماتَ

هٰذا الولدُ ولا وَارثَ لَه غيرُ أُمِّهِ ومَولاها . . كانَ لأُمِّهِ الثُّلثُ ولِمولىٰ أُمِّهِ الثُّلثانِ .

فإنْ وَلدتِ الحرَّةُ الأَصليَّةُ وَلداً بعدَ ذٰلكَ ، فإنْ وَضعتْهُ لدونِ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ حينِ موتِ الولدِ الأَوَّلِ . . كانَ هٰذا الولدُ أَحقَّ بالثُّلثينِ اللَّذينِ أَخذَهُما مَولىٰ الأُمِّ فيسترجعُ مِنْ مَولىٰ الأُمِّ ؛ لأنَّه عَصبةٌ مناسِبٌ . وإنْ وَضعتْهُ لأكثرَ مِنْ ستَّةِ أَشهرٍ مِنْ حينِ موتِ الأَوَّلِ . . لَم يسترجعْ ذٰلكَ مِنْ مَولىٰ الأُمِّ ؛ لأَنَّه يَحتملُ أَنْ يكونَ الثاني موجوداً وَقتَ موتِ الأَوَّلِ ، ويَحتملُ أَنَّه حَدثَ بعدَ ذٰلكَ ، والأَصلُ عَدمُهُ .

فرعٌ : [ثبوت الولاء لموالي الأم] :

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : فإنْ كانَ رجلٌ حرّاً لَم يُعتَقْ ، وأَبوهُ وجدُّهُ حرَّينِ لَم يُعتَقا ، وأُمُّهُ معتَقةٌ ، وأُمُّ أَبيهِ معتَقةٌ ، وأُمُّ جدِّهِ معتَقةٌ ، وأَبو جدِّهِ مملوكاً . . فإنَّ الوَلاءَ لمَولىٰ أُمِّ جدِّهِ ؛ لأَنَّ الجدَّ إذا كانَ أَبوهُ مملوكاً وأُمُّهُ معتقةً . . ثبتَ عليهِ الولاءُ لمولىٰ أمِّهِ ، وإذا ثَبتَ الولاءُ علىٰ الجدِّ لمولى أُمِّهِ . . ثبتَ علىٰ أَولادِهِ .

فلا يثبتُ لمَولىٰ أُمِّ أَبيهِ[1] علىٰ أَبيهِ وَلاءٌ ؛ لأَنَّه تابعٌ لأَبيهِ وهوَ الجدُّ فيمَا عليهِ مِنَ الوَلاءِ وعلىٰ أَولادِهِ .

ولَو كانَ أَبو الجدِّ حرّاً عربيّاً . . لَم يَثبتْ عليهِ الوَلاءُ لمَولىٰ أُمِّهِ ، ولا علىٰ أَولادهِ وإنْ سَفَلوا .

وإنْ كانَ حرّاً مجهولَ النَّسَبِ . . كانَ في ثبوتِ الوَلاءِ عليهِ لِمَولىٰ أُمِّهِ وَجهانِ ، مضىٰ توجيهُهما .

فرعٌ : [ثبوت الوَلاء لمولىٰ الأم] :

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : وإذا كانَ رجلٌ حرّاً لَم يُعتَقْ ، وأَبوهُ مملوكٌ وأُمُّه حرَّةٌ لَم تُعتَقْ ، وأَبوا الأُمِّ حرّانِ مُعتَقانِ . . كانَ الوَلاءُ عليهِ لِمَولىٰ أَبي الأُمِّ ؛ لأَنَّ الأُمَّ إذا كانَ

(١) في (م) : (لمولى أبيه) .

علىٰ أَحدِ طَرفيها وَلاءٌ . . يجبُ أَنْ يكونَ عليها وَلاءُ مَولىٰ أَبيها دونَ وَلاءِ مَولىٰ أُمِّها ، وإِذا ثبتَ عليها وَلاءُ مَولىٰ أَبيها . . ثبتَ ذٰلكَ علىٰ أَولادِها وإِنْ سَفلوا ما لَم يَقعْ فيهِ حرٌّ بإِعتاقِ الأَبِ .

وإِنْ ماتَ رجلٌ حرٌّ لَم يُعتَقْ ، وأَبوهُ مملوكٌ وأُمُّهُ حرَّةٌ لَم تُعتَقْ ، وأُمُّ الأُمِّ حرَّةٌ معتَقةٌ ، وأَبو الأُمِّ حرٌّ لَم يُعتَقْ ، وأُمُّ أَبي الأُمِّ حرَّةٌ معتَقةٌ ، وأَبو أَبي الأُمِّ مملوكٌ . . ثبتَ الوَلاءُ علىٰ الميتِ لمَولىٰ أُمِّ أَبي أُمِّهِ ؛ لأَنَّ أَبا الأُمِّ إِذا ثبتَ عليهِ الوَلاءُ لمَولىٰ أُمِّهِ . . ثبتَ ذٰلكَ لَهُ علىٰ أَولادِهِ وإِنْ سَفلوا . فإِذا ماتَ هٰذا الرجلُ . . كانَ ميراثُهُ لِمَولىٰ أَبي أُمِّهِ دونَ مَولىٰ أُمِّ أُمِّهِ .

ولَو كانَ أَبو أَبي أُمِّهِ عربيّاً . . لَم يثبتِ الوَلاءُ عليهِ لِمَوالي أُمِّ أَبي أُمِّهِ .

ولَو كانَ حرّاً مجهولَ النَّسَبِ . . فهلْ يثبتُ الوَلاءُ علىٰ وَلدِهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذِكرُهما .

فرعٌ : [تزوج بمعتقة لآخر فأولدها فولده حرٌّ] :

وإِنْ تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بمعتَقةٍ لآخَرَ فأَولدَها وَلداً . . فإِنَّ هٰذا الولدَ حرٌّ ، ويكونُ عليهِ الوَلاءُ لمَولىٰ أُمِّهِ .

فإِنْ بلغَ هٰذا الابنُ ثمَّ ٱشترىٰ أَباهُ . . عتقَ عليهِ ، ومِنْ حُكمِ الأَبِ إِذا عتقَ أَنْ يَجُرَّ وَلاءَ وَلدِهِ عَنْ مَولىٰ أُمِّهِ إِلىٰ مَولىٰ نفْسِهِ ، وٱختلفَ أَصحابُنا في هٰذهِ [على قولين] :

فـ[**الأول**] : منهُم مَنْ قالَ : إِنَّ الأَبَ لا يَجُرُّ وَلاءَ وَلدِهِ هاهُنا إِلىٰ مولاه عَنْ مَولىٰ أُمِّهِ ، بلْ يَبقىٰ وَلاءُ مَولىٰ أُمِّهِ عليهِ ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لأَنَّ الأَبَ لَو جرَّ وَلاءَ وَلدِهِ إِلىٰ مَولاهُ . . لَجَرَّهُ إِلىٰ وَلدِهِ ؛ لأَنَّه مَولاهُ ، والإِنسانُ لا يَملِكُ الوَلاءَ علىٰ نفْسِهِ ، فبقيَ وَلاءُ مولىٰ الأُمِّ كما كانَ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي العبَّاسِ ـ : أَنَّ الأَبَ يَجُرُّ وَلاءَ الولدِ عَنْ مولىٰ أُمِّهِ ويسقطُ ؛ لأَنَّ عتقَ الأَبِ يُسقِطُ الوَلاءَ عَنْ مَولىٰ الأُمِّ .

فعلىٰ قولِ أَبي العبَّاسِ[1] : يكونُ هٰذا الولدُ حرّاً لا وَلاءَ عليهِ ، وأَبواهُ عليهِما الوَلاءُ . ويُتصوَّرُ مِثلُ هٰذا في موضعينِ :

أَحدُهما : إِذا كانَ الإِنسانُ كافراً فأَسلمَ بعدَ بُلوغهِ ولَه أَبوانِ كافرانِ ، فسُبيا وٱسترِقّا ، ثمَّ أُعتِقا .

والثاني : إِذا تزوَّجَ عبدٌ بأَمَةٍ لآخَرَ ، وغرَّهُ وَكيلُ سيِّدِها بحُرِّيَّتها ، فأَتتْ منهُ بوَلدٍ قَبْلَ أَنْ يعلَمَ برقِّها . فإِنَّه يكونُ حرّاً ، ثمَّ أُعتقَ العبدُ والأَمةُ ، فإِنَّ هٰذا الولدَ يكونُ حرّاً لا وَلاءَ عليهِ ، وأَبواهُ مَوليَينِ .

قالَ القاضي أَبو الفتوحِ : وهٰذهِ المسائلُ الثلاثُ لا توجدُ رابعةٌ في مَعناهُنَّ .

فإِنْ قِيْلَ لكَ : رجلانِ كلُّ واحدٍ منهُما مَوليً لِصاحبهِ مِنْ فَوقٍ . . قالَ أَصحابُنا : فيُتصوَّرُ ذٰلكَ : بأَنْ يعتِقَ الذمِّيُّ عبداً ثمَّ يَلحقَ السيِّدُ بدارِ الحربِ فيُسبىٰ ، فيملِكُهُ عتيقُهُ ويَعتِقُهُ فيثبتُ لكلِّ واحدٍ منهُما علىٰ صاحبهِ الوَلاءُ وأَيُّهما ماتَ . . وَرِثَهُ الآخَرُ .

ويُتصوَّرُ أَيضاً : إِذا تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بمعتَقةٍ لآخرَ فأَولدَها وَلداً . . فإِنَّ الولدَ حرٌّ ، ووَلاؤُهُ لِمَولىٰ أُمِّهِ .

فإِنِ ٱشترىٰ هٰذا الولدُ عبداً فأَعتقَهُ . . ثبتَ لَه عليهِ الوَلاءُ ؛ لأَنَّه أَعتقَهُ . فإِنِ ٱشترىٰ هٰذا العبدُ المعتَقُ أَبا سيِّدهِ فأَعتقَهُ . . ثبتَ لَه عليهِ الوَلاءُ ، وجرَّ الأَبُ وَلاءَ وَلدهِ عَنْ مَولىٰ أُمِّهِ إِلىٰ مَولىٰ نفْسِهِ ، ومولىٰ الأَبِ هوَ عتيقُ وَلدهِ ، فيكونُ كلُّ واحدٍ منهُما مَولىٰ لصاحبهِ مِنْ أَعلىٰ ، فإِنْ ماتَ العبدُ المعتَقُ . . فمالُهُ للابنِ . وإِنْ ماتَ الأَبُ ثمَّ ماتَ الابنُ . . فمالُهُ لِمعتِقِ أَبيهِ وهوَ مولاهُ .

فإِنْ ماتَ مُعتِقُ الأَبِ بعدَ ذٰلكَ ، فإِنْ قُلنا بقولِ أَبي العبَّاسِ : إِنَّ الولدَ الذي إِذا ٱشترىٰ أَباهُ أَسقطَ وَلاءَ مَولىٰ أُمِّهِ عَنْ نفْسِهِ . . فمالُ معتِقِ الأَبِ لبيتِ المالِ ولا يَرِثُهُ مَولىٰ أُمِّ الابنِ ؛ لأَنَّ وَلاءَهُ قدِ ٱنتقلَ عنهُ .

وإِنْ قُلنا **بالمنصوصِ** ، وأَنَّ الولدَ إِذا ٱشترىٰ أَباهُ لا يسقطُ وَلاءُ مولىٰ أُمِّهِ عَنْ

---

(١) في (م) : (فعلىٰ هٰذا) .

نفْسِهِ . فإنَّ مالَ معتِقِ الأَبِ هاهُنا لمَولىٰ أُمِّ الابنِ ؛ لأَنَّ الأَبَ يَجُرُّ وَلاءَ ٱبنهِ إِلىٰ معتقِهِ ثمَّ إِلىٰ عصبتِهِ بعدَهُ ، فإذا لَم تكنْ عَصبةٌ . . كانَ الابنُ[1] هوَ وارِثَهُ لَو كانَ حيّاً ؛ لأَنَّه مُعتِقُهُ . فإذا كانَ ميتاً . . ورِثَهُ مَولىٰ أُمِّهِ .

فرعٌ : [تزوج بمعتقة فأتت ببنت ثم تزوجها آخر] :

إِذا تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بمعتقةٍ لآخَرَ فأَتَتْ منهُ ببنتٍ ، ثمَّ تزوَّجَ هٰذهِ البنتَ عبدٌ لآخَرَ فأَولدَها وَلداً ، ثمَّ ماتَ هٰذا الولدُ . . وَرِثَتْ منهُ الأُمُّ ميراثَها ، والباقي لِمولاهُ ، ومولاهُ هوَ مَولىٰ أُمِّهِ ، وهوَ مَولىٰ جدَّتهِ أُمِّ أُمِّهِ ؛ لأَنَّ مَنْ أَعتقَ جاريةً . . فلَهُ وَلاؤُها ووَلاءُ وَلدِها ووَلدِ وَلدِها وإِنْ سَفلوا ما لَم يُعتَقِ الأَبُ ، وأَبو هٰذا الولدِ مملوكٌ لَم يُعتَقْ .

فإِنْ لَم يَمُتْ هٰذا الولدُ حتَّىٰ أُعتِقَ جدُّهُ أَبو أُمِّهِ ، ثمَّ ماتَ الولدُ قَبْلَ أَنْ يُعتَقَ أَبوهُ . . ٱنتقلَ وَلاءُ أُمِّهِ إِلىٰ مولىٰ أَبيها[2] عَنْ مَولىٰ أُمِّها .

قالَ ٱبنُ الحدَّادِ : وٱنتقلَ وَلاءُ الولدِ إِلىٰ مَولىٰ أُمِّهِ تبعاً لأُمِّهِ ؛ لأَنَّه إِذا كانَ تابعاً لَها . . وَجبَ أَنْ ينتقلَ بٱنتقالهِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : ولا يختلفُ أَصحابُنا أَنَّ أَبا الأُمِّ إِذا أُعتِقَ أَنَّه يَنتقلُ وَلاءُ وَلدِ ٱبنتهِ إِلىٰ مَواليهِ تبعاً لأُمِّهِ ، وهٰذا يدلي في الجدِّ أَبي الأَبِ . أَنَّ **الصحيح** : أَنَّه يَجُرُّ وَلاءَ وَلدِ ٱبنهِ إِلىٰ مواليهِ .

فرعٌ : [كان مملوكاً لرجل وابنه لآخر فتزوج الأب معتقةَ الآخر] :

إِذا كانَ الرجلُ مملوكاً لرجلٍ ولَه ٱبنٌ مملوكٌ لآخَرَ وٱبنُ ٱبنٍ مملوكٌ لآخَرَ ، فتزوَّجَ ٱبنُ الابنِ مُعتَقةً لآخَرَ وأَولدَها وَلداً . . فإِنَّ هٰذا الولدَ حرٌّ ، ووَلاؤُهُ لِمَولىٰ أُمِّهِ .

فإِنْ أُعتِقَ بعدَ ذٰلكَ أَبو هٰذا الولدِ وجَدُّهُ وجَدُّ أَبيهِ . . ٱنجرَّ وَلاءُ الولدِ عَنْ مَولىٰ أُمِّهِ إِلىٰ مولىٰ أَبيهِ دونَ مولىٰ جدِّهِ وجدِّ أَبيهِ .

---

(١) في (م) : (ابنه) .
(٢) في نسخة : (أبيه) .

فإنْ ماتَ الولدُ ولا مناسِبَ لَه . . كانَ مالُهُ لمَولىٰ أبيهِ أو لعَصبةِ مَولىٰ أبيهِ ، فإنْ عُدِمَ مَولىٰ أبيهِ ومَن يُدلي بهِ مِنْ عَصبةٍ أو مَولىً . . فمالُهُ لبيتِ المالِ ، ولا يَرِثُهُ مَولىٰ جدِّهِ ولا مَولىٰ جدِّ أبيهِ .

وقالَ الحسنُ البصريُّ : يَرِثُهُ مَولىٰ جدِّهِ ، وهٰذا غلطٌ ؛ لأنَّه لَو كانَ عَصباتُهُ أو عَصبَةُ مَولىٰ أبيهِ موجودينَ . . لَم يَرِثْ مولىٰ جدِّهِ ، فإذا عُدِموا . . كانَ المسلِمونَ عَصباتِهِ وعَصبةَ مولىٰ أبيهِ ، فكانوا أحقَّ بميراثهِ مِنْ مَولىٰ جدِّهِ .

فرعٌ : [اشترتا أباهما فعتق] :

ٱبنتانِ ٱشترتا أباهُما فعتِقَ عليهِما : فإنْ ماتَ الأبُ . . كانَ لابنتيهِ الثُّلثانِ بالنَّسَبِ ، والباقي لَهما بالوَلاءِ .

فإنْ ماتَتْ إحداهُما بعدَ ذٰلكَ . . كانَ لأُختِها نصفُ مالِها بالنَّسَبِ ، والنصفُ الباقي لِمَولىٰ أبيها ، ومَولىٰ أبيها هيَ هٰذهِ الابنةُ الباقيةُ ، فتأْخذُ نصفَهُ ، فيكونُ لَها ثلاثةُ أرباعِ مالِها .

وأمَّا الربعُ الباقي ، فإنْ لَم يكنْ عليهما وَلاءٌ لِمَولىٰ أُمِّهما . . كانَ لبيتِ المالِ ، وإنْ كانَ عليهِما وَلاءٌ لِمَولىٰ أُمِّهِما . . فعلىٰ قولِ الشافعيِّ رحمهُ اللهُ تعالى : يكونُ لِمَولىٰ أُمِّهِما .

وعلىٰ قولِ أبي العبَّاسِ : يكونُ لبيتِ المالِ .

فإنْ ماتتْ إحداهُما قَبْلَ أبيها . . كانَ مالُها لأبيها ، وإنْ ماتَ الأبُ بعدَ ذٰلكَ . . كانَ لابنتهِ الباقيةِ سَبعةُ أثمانِ المالِ ، والثُّمنُ لِبيتِ المالِ ؛ لأنَّ لَها النصفَ بحقِّ النَّسَبِ ـ وهوَ كونُها بنتاً ـ ولَها نصفُ الباقي بِحَقِّ وَلائِها علىٰ الأبِ .

والربعُ الباقي : كانَ يكونُ للميتةِ بِحَقِّ وَلائِها علىٰ الأبِ ، وقد جَرَّ الأبُ إلىٰ ٱبنتهِ الحيَّةِ بنصفِ الوَلاءِ الذي لَها عليهِ نصفَ وَلاءِ الميتةِ ، فٱستحقَّتْ بهِ نصفَ ما كانَ لَها ـ وهوَ : الثُّمنُ ـ فيحصلُ لَها سَبعةُ أثمانِ المالِ ، والثُّمنُ لِبيتِ المالِ .

وإنْ تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بمعتَقةٍ لآخَرَ فأولدَها ٱبنتينِ ، ثمَّ ٱشتريا أباهُما . . فإنَّه يعتَقُ

عليهما . فإنْ ماتَ الأبُ . . كانَ مالُهُ لابنتيهِ : الثُّلثانِ بالنَّسَبِ والباقي بالوَلاءِ . فإنْ ماتتْ إحدىٰ الابنتينِ بعدَ ذٰلكَ . . فنقلَ المُزنيُّ أنّه : (يكونُ لِلباقيةِ ثلاثةُ أرباعِ مالِها ، والربعُ لِمَولىٰ أُمِّها) .

ونقلَ الربيعُ والبويطيُّ : (أنَّ لَها سَبعةَ أثمانِ المالِ) ، واختلفَ أصحابُنا فيها :

فمنهُم مَنْ قالَ : **الصحيحُ** ما نقلَهُ المُزنيُّ : أنَّ لَها ثلاثةَ أَرباعِ المالِ ، والربعُ لِمَولىٰ الأُمِّ . وما نقلَهُ الربيعُ فغلَطٌ في صورةِ المسألَةِ وتابعَهُ البويطيُّ علىٰ ذٰلكَ .

والمسأَلةُ التي يستحقُّ فيها سبعةَ أَثمانِ المالِ هيَ : إذا ماتتْ إحدىٰ الابنتينِ أَوَّلاً ، ثمَّ ماتَ الأَبُ بعدَ ذٰلكَ . . فإنَّ لِلبنتِ الباقيةِ سَبعةَ أثمانِ المالِ ، وأَمَّا إذا ماتَ الأَبُ أَوَّلاً ، ثمَّ ماتتْ إحدىٰ الابنتينِ بعدَهُ . . فإنَّ لِلباقيةِ ثلاثةَ أَرباعِ مالِها ، والربعُ لِمَولىٰ أُمِّها ؛ لأَنَّ لَها نصفَ مالِها بكونِها أُختاً ، ولَها الربعُ بِما جَرَّهُ إليها الأبُ مِنْ وَلاءِ الميتةِ ؛ لأَنَّ وَلاءَ مَولىٰ الأُمِّ كانَ ثابتاً عليهِما ، فلمَّا عتقَ الأَبُ عليهِما . . جَرَّ إلىٰ كلِّ واحدةٍ منهُما نصفَ وَلاءِ أُختِها ، ويبقىٰ لِمَولىٰ الأُمِّ الربعُ بِما لَم يَجرَّهُ الأَبُ عَنْ وَلاءِ الميتةِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : فيها قولانِ :

أَحدُهما : ترثُ الابنةُ الباقيةُ ثلاثةَ أَرباعِ مالِ الميتةِ ، والربعُ لِمَولىٰ الأُمِّ ؛ لِما ذكرناهُ .

والثاني : تَرثُ الباقيةُ سَبعةَ أَثمانِ مالِ الميتةِ ؛ لأَنَّها تَرثُ نصفَ مالِها بكونِها أُختاً ، وتَرثُ نصفَ الباقي ـ وهوَ : الربعُ ـ بما جَرَّ الأَبُ إليها مِنْ وَلاءِ أُختِها ، وترثُ نصفَ الباقي ـ وهوَ : الثُّمنُ ـ لأَنَّها مَولاةٌ لعَصَبةِ الميتةِ ، وهوَ الأَبُ .

فيحصلُ الخلافُ بينَ هٰذا القولِ والقولِ الذي قَبْلَه ، في أَنَّها هلْ تَرثُ لِكونِها مَولىٰ العَصبةِ ، أَم لا ؟ فعلىٰ الأَوّلِ : لا تَرثُ . وعلىٰ الثاني : تَرثُ بهِ .

وعلىٰ قولِ أَبي العبّاسِ : أَنَّ الأَبَ يَجُرُّ عَنْ مَولىٰ الأُمِّ جميعَ وَلاءِ الابنتينِ ، فالقَدْرُ الذي جعلناهُ علىٰ القولينِ الأَوّلينِ لِمَولىٰ الأُمِّ يكونُ لِبيتِ المالِ .

فرعٌ : [شقيقتان اشترت إحداهما الأب والأخرىٰ الأم] :

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : ولَو أَنَّ أُختينِ لأَبٍ وأُمٍّ لا وَلاءَ عليهِما ، آشترَتْ إِحداهُما أَباهُما ، وآشترَتِ الأُخرىٰ أُمَّهما . . يعتقُ علىٰ كلِّ وَاحدةٍ منهُما ما آشترَتْ .

فإِنْ ماتَ الأَبُ ووَرِثتِ آبنتاهُ بالنَّسَبِ الثُّلثَينِ ، والباقي لِلَّتي أَعتقتْهُ منهُما . فإِنْ كانتْ أُمُّهما زوجةً لَه . . وَرِثَتْ معهُما الثُّمْنَ ، وإِنْ لَم تكنْ زوجةً لَه . . فلا ميراثَ لَها معهُما[1] .

وإِنْ ماتتِ الأُمُّ بعدَ ذٰلكَ . . كانَ لابنتيها الثُّلثانِ بالنَّسَبِ ، والباقي لِلَّتي أَعتقَتْها .

فإِنْ ماتتْ بعدَ ذٰلكَ البنتُ التي أَعتقتِ الأُمَّ . . كانَ لِلباقيةِ النصفُ بالنَّسَبِ ، والباقي لَها ميراثاً بالوَلاءِ علىٰ أَبيها ؛ لأَنَّ ثبوتَ الوَلاءِ الذي لَها علىٰ أَبيها ، يثبتُ علىٰ وَلدِه .

وإِنْ كانتِ الميتةُ معتِقَةَ الأَبِ . . كانَ لِمعتِقَةِ الأُمِّ النصفُ لِكونِها أُختاً ، والباقي لَها أَيضاً ؛ لأَنَّها معتِقَةُ أُمِّها ، ومَولاةُ أُمِّها مولاتُها إِذا لَم يكنْ عليها وَلاءٌ مِنْ جهةِ معتِقِها .

وعلىٰ قولِ أَبي العبَّاسِ : أَنَّ وَلاءَ مَولىٰ الأُمِّ يَبطلُ ، فيكونُ الباقي لِبيتِ المالِ .

فرعٌ : [تزوج معتَقة لآخر فأتت بولد فهو حرٌّ] :

إِذا تزوَّجَ عبدٌ لرجلٍ بمعتَقةٍ لآخَرَ فأَتتْ منهُ بولدٍ . . فإِنَّ الولدَ يكونُ حرّاً ووَلاءُهُ لِمَولىٰ أُمِّهِ .

فإِنْ كاتَبَ السيِّدُ عبدَهُ ، ثمَّ آختلفَ مَولىٰ المكاتَبِ ومَولىٰ الولدِ ، فقالَ مَولىٰ المكاتَبِ : قد أَدَّى إِليَّ كتابتَهُ فعتِقَ وجرَّ إِليَّ وَلاءَ وَلدهِ ، وقالَ مَولىٰ الأُمِّ[2] : لَم يؤَدِّ إِليكَ ، ولَم يُعتَقْ فوَلاءُ الولدِ باقٍ لي ، فإِنْ كانَ هٰذا الاختلافُ في حياةِ المكاتَبِ وقَبْلَ موتِ الولدِ . . حُكِمَ بحرِّيَّةِ المكاتَبِ بإِقرارِ سيِّدِهِ ، ولا يَفتقرُ إِلىٰ بيِّنةٍ ولا يَمينٍ .

---

(١) في (م) : (معها) .

(٢) في (م) : (الولد) .

وإنْ كانَ هٰذا الاختلافُ بعدَ موتِ المكاتَبِ أَو بعدَ موتِ الولدِ ، فإنْ كانَ معَ مَولىٰ المكاتَبِ بيِّنةٌ علىٰ الأَداءِ قَبْلَ الموتِ . . حُكِمَ لَه بوَلاءِ الولدِ ، ويُقبَلُ في ذٰلكَ شاهدٌ وٱمرأَتانِ ، وشاهدٌ ويمينٌ ؛ لأَنَّه بيِّنةٌ علىٰ المالِ .

وإنْ لَم يكنْ معَهُ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ مَولىٰ الولدِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّا تَيقَّنَّا رِقَّ المكاتَبِ وثبوتَ الوَلاءِ علىٰ الولدِ لِمَولىٰ أُمِّه . . فلا يَنتقلُ عنهُ إلاَّ بيقينٍ .

قلتُ : **والذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ مَولىٰ الأُمِّ يَحلِفُ أَنَّه ما يَعلَمُ أَنَّ المكاتَبَ قد أَدَّىٰ جميعَ مالِ الكتابةِ ؛ لأَنَّها يمينٌ علىٰ نَفيِ فعلِ الغيرِ ، فكانتْ علىٰ نَفيِ العِلْمِ .

واللهُ أَعلَمُ بالصَّوابِ ، وباللهِ التوفيقُ

* * *



المحتوى

كتاب اللقيط

كتاب الوقف

كتابُ الهبةِ

كتابُ الوَصَايَا

كتاب العتق

كتاب المكاتب

كتاب عتق أمهات الأولاد